

# **O CASAMENTO HOMOAFETIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO APÓS A ADPF 132 DE 2011**

**Quênia Santana Alves<sup>1</sup>**

**Nícia Nogueira Diógenes Santos de Abreu<sup>2</sup>**

**RESUMO:** Esta pesquisa tem por objetivo a análise da possibilidade ou não do casamento homoafetivo no ordenamento jurídico brasileiro, após a ADPF 132. O método utilizado foi o qualitativo, por revisão literária, uso da doutrina e de artigos e periódicos acerca do tema. Embora a ADPF 132 tenha reconhecido a união homoafetiva e a Res. 175/CNJ tenha regulamentado o casamento homoafetivo, existem óbices ao casamento homoafetivo no Poder Judiciário, daí a necessidade de se investigar, no ordenamento jurídico, a contribuição dos Princípios do Direito de Família para esta admissibilidade, embora não regulamentado em Lei. Pelos princípios da Afetividade; da Dignidade da Pessoa Humana; da Igualdade; do Pluralismo das Entidades Familiares; e o da Liberdade; que asseguram o tratamento igualitário e o direito à diversidade, e a partir da análise da ADPF 132 e da Res. 175, é possível afirmar que o casamento homoafetivo é admissível juridicamente.

**ABSTRACT:** This research aims to analyze the possibility or not of homoaffective marriage in the Brazilian legal system after ADPF 132. The method used was qualitative, by literary review, use of doctrine and articles and periodicals on the subject. Although ADPF 132 recognized homosexual marriage and Res. 175 / CNJ regulated homosexual marriage, there are obstacles to homosexual marriage in the Judiciary, hence the need to investigate, in the legal system, the contribution of the Principles of Family Law for this admissibility, although not regulated by Law. By the principles of Affectivity; DPH; of Equality; and that of Liberty; which ensure equal treatment, and from the analysis of ADPF 132 and Res. 175, it is possible to affirm that homosexual marriage is admissible.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador

<sup>2</sup> Professora, Mestranda e Orientadora da Graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador

**Palavras-chave: Uniões Homoafetivas, Casamento homoafetivo, Princípios do Direito de Família, Direitos Humanos.**

**SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. I- DEFINIÇÃO JURÍDICA DE CASAMENTO 1.1 O conceito de família 1.2 Conceito e natureza jurídica de casamento 1.3 Principais diferenças entre casamento e união estável II- OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA 2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana 2.2 Princípio da Igualdade 2.3 Princípio da Afetividade 2.4 Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares 2.5 Princípio da Liberdade III- UNIÕES HOMOAFETIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO 3.1 Conceito de União Homoafetiva 3.2 Reconhecimento das uniões homoafetivas e a ADPF 132 de 2011 IV- O CASAMENTO HOMOAFETIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 4.1 Desdobramento da ADPF 132 de 2011 4.2 Resolução nº 175 do CNJ V- CONSIDERAÇÕES FINAIS.**

## **INTRODUÇÃO**

O presente artigo trata-se de um trabalho acadêmico elaborado como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito, pela Universidade Católica do Salvador, cujo interesse pelo tema surgiu a partir de um debate travado em sala de aula, na disciplina de Direito de Família, ministrado pelo professor Camilo Leslis, o que suscitou o interesse da pesquisadora pela ampliação dos conhecimentos sobre o assunto.

Partindo da premissa de que a família é o núcleo do qual se origina a sociedade, evidencia-se a necessidade do Direito em tutelar tal instituto em sua integralidade. A tutela jurídica do instituto familiar tem sido, exaustivamente, discutida entre os juristas e doutrinadores, com êgide no conceito de família previsto no Código Civil de 2002, que permanece sem alteração textual.

O casamento homoafetivo, que será o objeto de estudo desta pesquisa, se enquadra nesse rol de discussão, com enfoque na análise de sua admissibilidade, ao propor a compreensão dessa condição jurídica e a investigação de sua possível fragilidade; e será realizada a partir da revisão literária, com ênfase nos Princípios Fundamentais que norteiam o Direito de Família e nas principais decisões em sede jurisprudencial, selecionadas as que

interagem com a ideia central do tema, conjuntamente com a ADPF 132 de 2011 e a Res. Nº 175 do CNJ.

Esta pesquisa tem por objetivo geral: a análise do casamento homoafetivo no ordenamento jurídico brasileiro após a ADPF 132 de 2011. Como objetivos específicos: **1.** definir, juridicamente, casamento e sua natureza; **2.** distinguir casamento de união estável, no que for concernente; **3.** distinguir união estável de união homoafetiva; **4.** examinar os Princípios Norteadores do Direito de Família presentes no ordenamento jurídico brasileiro e sua possível utilidade na garantia do casamento homoafetivo; **5.** avaliar a contribuição da ADPF 132 de 2011 e a Res. Nº 175 do CNJ em matéria de casamento homoafetivo.

Por derradeiro, tal pesquisa científica revela-se significativa para a comunidade científica, ao considerar sua contribuição para a compreensão dessa entidade familiar, com o convite à análise principiológica e literária na ascensão do direito de casamento às uniões homoafetivas, servindo como material informativo aos acadêmicos e demais pesquisadores que desejam ampliar suas áreas do conhecimento sobre o tema proposto, tendo em vista que a família é o pilar da sociedade e o Direito desta emerge, sem desligar-se da incumbência de garantir os direitos relativos às minorias.

## **I DEFINIÇÃO JURÍDICA DE CASAMENTO**

### **1.1 O conceito de família**

O conceito de família vigente, positivado no Código Civil de 2002 e mais precisamente no Art. 226 da Constituição Brasileira de 1988, resultou de uma evolução histórica que merece apreciação, ao considerar que o advento da Constituição Federal de 1988 foi um marco na consagração dos direitos humanos no Direito brasileiro.

Sob a perspectiva histórica, as primeiras referências de família encontram-se na Roma antiga. O termo “*famulus*” era utilizado para designar os grupos que estavam submetidos à escravidão agrícola. Na análise termológica, “*famulus*” significa “escravo doméstico”.

“Essencialmente a família firmou sua organização no patriarcado, originado no sistema de mulheres, filhos e servos sujeitos ao poder limitador e

intimidador do pai, que assumia a direção desta entidade e dos bens e a sua evolução” (FRIEDRICH ANGELS, 1995, p. 31)

Ainda, segundo Friedrich Angels, a evolução familiar deu-se por quatro etapas: “família consanguínea; família pulanuana; família pré-monogâmica; e a monogâmica”. Vale ressaltar que, a família aqui retratada, é aquela cujo poder do pai é ilimitado e intimidador em relação à sua mulher e prole, de modo que tais integrantes eram considerados bens, afetados pela essência patrimonial de família que era a costumeira do período colonial e imperial no Brasil, exercendo as funções da vida não privadas. A família, portanto, era uma instituição formada com intuito da conservação dos bens, em especial nas crises econômicas e na preservação da honra.

“Historicamente, a família é definida como sendo uma "sociedade matrimonial, formada pelo marido, a mulher e os filhos, ou o conjunto de pessoas ligadas por consanguinidade ou mero parentesco" (DEOCLECIANO GUMARÃES, 2011, p. 121)

Deste modo, os laços afetivos não tinham importância, mas a ideia de conservação da vida, do patrimônio e da prole. Destacam-se, portanto, os laços consanguíneos e a submissão da mulher irrestrita ao homem, e conseqüentemente, os filhos advindos desta união.

“Na antiga sociedade romana, o pai exercia um poder absoluto sobre todos os membros da família, assumindo uma função de chefe supremo e na família ninguém negava sua supremacia. Havia, portanto, no seio familiar uma espécie de religião doméstica.” (SILVANA AZEVEDO, 2017, p. 12)

O Código Civil de 1916, trazia em sua redação a sustentação desse modelo de família, mesmo que não fizesse a definição do conceito de família, em seu Art. 233: “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (...)”. O afastamento da família do coletivo para o privado forma, portanto, o conceito de família monogâmica, que é caracterizada pelo homem (*pater familias*), como provedor e chefe de família, e a mulher apenas assumiria este papel em sua ausência. À

mulher incumbia o dever de obediência, respeito e sujeição à autoridade do homem, não obstante, os deveres domésticos e maternais.

Em se tratando da família contemporânea, esta possui uma peculiaridade em sua identidade: a diversidade e a valorização dos laços afetivos, que se consolida no Princípio da Afetividade, o qual destrincharemos adiante. O modelo tradicional de família torna-se obsoleto e incompatível com as necessidades da sociedade civil e, deste modo, iniciam-se as discussões doutrinárias e jurídicas quanto à identidade e legalidade desta nova entidade familiar, pautada na diversidade, na igualdade, nos direitos inerentes ao homem e suas relações.

## **1.2 Conceito e natureza jurídica de casamento**

Importa dizer, antes de conceituar Casamento, que este, antes de ser um fenômeno jurídico, é uma construção social que goza de prestígio e de responsabilidades que superam a vida privada. Vale ressaltar que, além do casamento, existem outras formas previstas no Direito de constituir família, cabendo-lhe a discussão sobre a tutela estatal destinada ao casamento e às outras modalidades de construção familiar, as quais veremos adiante.

No Código Civil de 1916, a família era considerada “legítima” com o casamento civil e indissolúvel.

“O interesse estatal na manutenção do casamento levou, em um primeiro momento, à consagração de sua indissolubilidade, à obrigatória identificação da família pelo nome do varão e, por consequência, à relativização da capacidade da mulher. Reproduziu o legislador civil o perfil da família do início do século, uma instituição matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual. Mesmo após a Lei do Divórcio, que consagrou a possibilidade de rompimento do vínculo matrimonial, permaneceram inalterados os direitos e deveres recíprocos, bem como os ônus atribuídos distintamente a cada um dos cônjuges.” **(MARIA BERENICE DIAS, 2010, p. 2)**

No Código Civil de 2002, em seu Art. 1511, o casamento é descrito como “(...) comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Não se trata de um conceito propriamente dito, mas de uma caracterização do que seria casamento, uma mera disposição de seus requisitos. O legislador deixou para a doutrina o aprofundamento do conceito de casamento, de modo que a doutrina não é pacífica quanto a este conceito, e isto se deve a natureza jurídica do casamento. A natureza jurídica do casamento é analisada pela doutrina em três escolas: a Institucionalista; a Contratualista e a Mista.

A Institucionalista, com advento na França, defende que o casamento é um fenômeno institucional e que este prevalece: “*tout resiste dans le mariage a “l’idée de contrat, sauf le consentement des futurs époux, qui lui donne naissance”*”, isto é, “tudo resiste no casamento à ideia de contrato, exceto o consentimento dos futuros cônjuges, que dá origem a ele. Consoante à esta afirmação, seus adeptos, como Maria Helena Diniz, afirmam que o casamento é uma instituição social, que depende de uma autoridade celebrante, motivados pelo “*affectio maritalis*”. Ainda, a teoria supracitada dispõe que o casamento que possui regras preestabelecidas pelo Estado, que atua como agente habilitador aos quais os nubentes deverão aderir às exigências contratuais.

A descaracterização do casamento como um contrato, de acordo com tal corrente doutrinária, se dá pela falta de liberdade dos nubentes para determinar as condições, que já são preestabelecidas pelo Direito Natural e pelo Direito Positivo; a de que não se incluem, nos contratos patrimoniais, pois não se incluem nestes os aspectos pessoais e familiares; o casamento é uma instituição indissolúvel; e a de que, as obrigações do matrimônio não podem se reduzir ao débito conjugal. Maria Helena Diniz é seguidora desta teoria.

Por conseguinte, a corrente contratualista, também chamada de “individualista” ou “clássica, em contrariedade à ideia de que o casamento é uma instituição descaracterizada do contrato, afirma que o casamento é um contrato especial que integra o Direito de Família. Tal corrente foi acolhida pelo Código Napoleônico, que considerava o casamento civil um contrato, e que sua validade e eficácia dependem apenas da convenção das partes, assim com sua dissolução. São apoiadores dessa corrente, no Brasil: Clóvis Bevilacqua, Pontes de Miranda, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Álvaro Villaça Azevedo. Orlando Gomes, inclusive, traduz o casamento como “contrato *sui generis*”.

Exige, desta forma, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita, ou não defesa em lei; requisitos essenciais de todos os contratos, e em especial, a manifestação da vontade.

Por fim, a teoria Mista ou Eclética, por sua vez, afirma que o casamento é tanto institucional como contratual. Em seu nascimento, é contratual, e em seu conteúdo é institucional. Esta corrente, dentre as três, é a mais atual, e tem por seguidores, no Brasil: Eduardo de Oliveira Leite; Flávio Augusto Monteiro de Barros; e Silvio de Salvo Venosa.

De acordo com esta corrente, o casamento tem natureza contratual no momento em que é formado e habilitado pela entidade estatal; e posteriormente, é institucional, quando trata dos deveres entre os cônjuges, pais e filhos. É certo que o casamento produz efeitos entre as partes, e isto caracteriza a sua natureza contratual, todavia o casamento possui caráter público e papel social fundamental, o que caracteriza sua natureza, também, institucional.

Percebe-se, portanto, uma anomalia deixada pelo legislador, ao se esquivar de conceituar o casamento, este incumbiu à doutrina esta tarefa, a qual não é pacífica e se refletido em decisões judiciais.

### **1.3 Principais diferenças entre casamento e união estável**

O casamento, de acordo com a Constituição Federal de 1988, é o meio jurídico de constituir família. No entanto, o já referido diploma também estabelece outro meio, juridicamente possível, de constituir família: a união estável.

Com relação aos casais que se encontravam nessas condições, usava-se o termo “amigado”, “concubinato”, que socialmente tinha um status depressivo, marginal, que penalizava os envolvidos, e em potencial, os filhos dessas relações. Tais termos foram banidos pelo legislador, de forma que passou a denominar-se “união estável”, além de possuir, depois de sua previsão no ordenamento jurídico, validade jurídica.

“**Art. 226, § 3º, CF/88:** 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.”

Maria Berenice Dias traz considerações quanto ao reconhecimento e o prazo, anteriormente fixado ao se referir à união estável, quando diz que, *“não se pode deixar de reconhecer como pertinente e coerente haver a norma codificada copiado a definição da união estável já consolidada na legislação infraconstitucional”*, e complementa, *“de todo descabido estabelecer requisito temporal para sua configuração, delimitação nunca posta pela jurisprudência, a quem se deve a construção dessa figura jurídica. Igualmente, o texto constitucional, ao emprestar juridicidade ao instituto, não lhe fixou prazo.”*

O intuito dos juristas é equiparar casamento à união estável, mas tal realidade ainda é distante quanto aos direitos que abrangem o primeiro, em comparação com o segundo. Importa, para esta análise, frisar as principais diferenças entre ambos os institutos de forma sucinta. Vejamos: **1º.** a união estável não garante o status de casado. O status da união estável é de solteiro e, por essa razão, o termo “cônjuge” não existe nesta realidade jurídica, mas o de “companheiro”; **2º.** para fins de recebimento de herança ou meação, é necessária a prova de convivência, que deve ser adquirida judicialmente através do ajuizamento de Ação de Reconhecimento de União Estável; **3º.** o casamento é validado por registro no Cartório de Registros de Pessoas Naturais, enquanto que a união estável é uma convenção contratual, celebrado em Tabelionato de Notas; **4º.** A modificação do regime de bens, pela própria natureza contratual da união estável, poderá ser feita a qualquer tempo, por convenção dos envolvidos, com efeito “ex nunc”, isto é, dali em diante.

Dito isto, é notório que a União Estável e o Casamento ainda estão distantes da equiparação jurídica e social, mesmo que o objetivo do legislador tenha sido o de minorar a discriminação relativa aos antes “amigos”, tal instituto ainda é insuficiente e anômalo se comparado à tutela destinada ao Casamento.

## **II PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA**

### **2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

Com égide na convenção do Estado Brasileiro ao Tratado de Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o princípio supremo do Direito e deverá nortear todos os diplomas derivados do Estado Democrático de Direito, como garantia de tratamento humanizado e justo à sociedade, no seu coletivo e individual, que objetiva tutelar os direitos do homem e de suas relações.



A Constituição Federal de 1988, sob influência do Tratado supracitado, estabeleceu em seu Art. 1º o seguinte: “a dignidade da pessoa é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais”. Deste modo, o Princípio da Dignidade Humana é um direito fundamental e serve como limitador da intervenção do Estado na vida privada, ao obter, inclusive, supremacia e força de Lei –tratados que versam sobre direitos humanos-, em concordância com as fontes de Direito, ao qual o Estado não poderá se abster e tampouco violar.

“Assim, há que reconhecer que também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais.”  
**(INGO WOLFGANG SARLET, 2012)**

De acordo com o autor, a característica fundamental da sistemática de um Estado Democrático é do reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana como uma qualidade integrante e irrenunciável da condição humana. Importa ainda dizer que, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sofreu influências filosóficas para sua conceituação, dentre elas a que se consolidou foi a perspectiva Kantiana, que agrega ao homem o status de ser racional, portanto, não poderá ser tratado pelo Estado como “coisa”, a qual se aufere valor econômico, mas à agente social, ao abandonar a ideia de “meio”, mas de “fim”, como “o fim em si.”

“Isso, em suma, quer dizer que só o ser humano, o ser racional, é pessoa. Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores. Consciência e vivência de si próprio, todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa em última análise desconsiderar a si próprio.”  
**(JOSÉ AFONSO DA SILVA, 1998, p. 44)**

Partindo da premissa de que a Dignidade da Pessoa Humana é irrenunciável e inegociável, Ingo Wolfgang Sarlet (1998), traz a seguinte consideração: *“como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações*

*tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade (...), e complementa, "sendo, portanto, dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita (...).*

Destarte, o Direito de Família, assim como os outros ramos do Direito, tem, em sua base principiológica, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como princípio fundamental, o que é uma imposição do Estado Democrático de Direito e possui, portanto, o dever constitucional de tratamento humanitário, sem distinção, sem juízo de valor, ao facilitar o acesso a todo cidadão, em detrimento de sua condição de ser humano.

## **2.2 Princípio da Igualdade**

O princípio da igualdade está anexo ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, para fins de efetividade, somente pelo tratamento igualitário é possível o funcionamento correto do Estado Democrático de Direito, que possui por máxima a proteção aos direitos inerentes ao homem, oriundos do Tratado de Direitos Humanos e inclusos na Constituição Federal de 1988.

Com redação expressa no caput do Art. 5º da CF/88, o princípio da igualdade passou por três fases históricas, até seu entendimento atual: a primeira fase era a de desigualdade predominante; a segunda foi a de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer espécie. Esta fase, inclusive, é a descrita no texto constitucional.

**“Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)” **(ART. 5º, Caput, Constituição Federal, 1988)**

Importa agora trazer a fase atual do princípio da igualdade, que compreende a sua terceira fase evolutiva: igualdade é tratar os iguais como iguais, e os desiguais como desiguais, na medida de sua desigualdade. Ou seja, para haver, na prática, a igualdade, faz-se

necessário o tratamento paritário, pois a sociedade brasileira é desigual, em sua essência, em sua diversidade, seja ela de etnia, gênero, classe social, sexualidade, enfim, o princípio da igualdade deverá funcionar pelos moldes da paridade, como garantidor da justiça social.

“Mas de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana, à liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito.” (MARIA BERENICE, 2017, p. 3)

Consoante à citação supra, os direitos inerentes aos casais homoafetivos devem ser assegurados pelo Estado Brasileiro, afim de cumprir o devido processo democrático, na concessão de tratamento digno e igualitário, com repúdio e punição à intolerância e suas consequências diversas.

### **2.3 Princípio da Afetividade**

Este princípio, em particular, é um dos alicerces da família contemporânea, a qual é fundamentada pelos laços afetivos e não somente os biológicos. Tal consideração é relevante pois o Direito, a princípio, desvinculado das influências canônicas, viu-se compelido a acompanhar as mudanças sociais e a dispor de mecanismos jurídicos para consolidar essa nova entidade familiar.

“A partir da distinção entre o papel de pai/mãe das figuras dos ascendentes genéticos restou mais claramente perceptível a relevância que era conferida à afetividade, bem como se desnudaram diversas possibilidades oriundas de tal concepção. Legislação, jurisprudência e doutrina progressivamente trataram da temática, embora não sem enfrentar resistências e sobressaltos.” (RICARDO CALDERÓN, 2017, p.21)

Progressivamente, o Direito tem tratado o Princípio da Afetividade como indicador da nova perspectiva das relações familiares. O Código Civil prevê de forma sucinta tal princípio, o que desencadeou à jurisprudência um papel fundamental nessa busca pela legalidade e reconhecimento.

“Os juristas passaram a sustentar que o direito deveria, de algum modo, valorar a afetividade, o que encontrou respaldo, não obstante persistam entendimentos em sentido contrário. O debate doutrinário que está presente, nesse particular, envolve a decisão se o direito deve ou não reconhecer a afetividade e, em sendo positiva a resposta, se esta deve ser considerada um princípio ou deve ser apenas vista como um valor relevante.” (RICARDO CALDERÓN, 2013, p.4 )

Destarte, essa discussão doutrinária se desdobra na possibilidade ou não do Direito de absorver a afetividade como Princípio, levando-se em consideração a “legitimidade” que, ao longo do tempo, tem se distanciado do conceito de família. Mesmo com a ausência de pacificidade da doutrina quanto ao Princípio da Afetividade, o Direito de Família vem tratando do tema de forma crescente, nos dizeres de Ricardo Calderón, *“a afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento. Oriundo da força construtiva dos fatos sociais, o princípio possui densidade legislativa, doutrinária e jurisprudencial, que permite sua atual sustentação de lege lata.”*

Portanto, o Direito de Família tem exercido papel fundamental no reconhecimento da afetividade como novo preceito para o conceito de família e sua nova identidade, a exemplo dos avanços relacionados às famílias homoafetivas – as quais abordaremos adiante-, ao abandonar o aspecto subjetivo da afetividade como sentimento e dando-lhe o status de Princípio norteador das relações familiares.

## **2.4 Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares**

Outro princípio de suma importância para a formalização da nova entidade familiar é o Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares, o qual prevê legitimidade a famílias

constituídas por indivíduos, anteriormente, estranhos ao modelo patriarcal e ligados pela afetividade. Importa esclarecer que o tipo familiar retratado na Constituição de 1967 não foi consolidado na Constituição Federal de 1988, a qual não instituiu, de forma explícita, a entidade familiar “legítima”. Essa omissão da Constituição de 1988, no entanto, não exclui a possibilidade de auferir licitude ou ilicitude às que não foram citadas no art. 226 do já referido diploma.

“O objeto da norma não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram. Antes foi assim, pois a finalidade era reprimir ou inibir as famílias “ilícitas”, desse modo consideradas todas aquelas que não estivessem compreendidas no modelo único (casamento), em torno do qual o direito de família se organizou.”  
**(PAULO LOBO, 2018, p. 99)**

Tal exclusão, portanto, encontra-se na interpretação, não no ordenamento. O Direito de Família, por sua vez, elenca o Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares com égide no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o da Liberdade, nos dizeres de Paulo Lobo (2018): *“violam o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana as interpretações que (a) excluem as demais entidades familiares da tutela constitucional ou (b) asseguram tutela dos efeitos jurídicos no âmbito do direito das obrigações, como se os integrantes dessas entidades fossem sócios de sociedade de fato mercantil ou civil”*.

## **2.5 Princípio da Liberdade**

Tal Princípio do Direito de Família tem origem nuclear no Princípio da Liberdade previsto na Constituição de 1998, de forma que, em se tratando das relações familiares, o Direito de Família deverá resguardar a liberdade do indivíduo de se casar, de constituir união-estável, de se divorciar, em resumo, de se relacionar livremente, respeitando-se as diferenças e a afetividade.

“A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de

qualquer ordem, deferindo a igualdade e à liberdade especial atenção.” (MARIA BERENICE DIAS, 2015, p.46)

Deste modo, o Princípio da Liberdade não poderá se afastar do Princípio da Igualdade, pois seria incompatível com a devida tutela estatal. Consoante ao tema em questão, as famílias homoafetivas se compreendem no rol daquelas consideradas “diferentes”, as quais deverão ser agraciadas pelo Direito de Família e sua função social.

Dito isto, é importante atrelar o Princípio da Liberdade ao Princípio da Igualdade, visto que, sem igualdade de tratamento, a liberdade que é conferida a alguém, não será a mesma destinada a outrem, o que é incompatível com o Estado Democrático, que deve primar pela não distinção de qualquer natureza e espécie.

### **III- UNIÕES HOMOAFETIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

#### **3.1 Conceito de União Homoafetiva**

Ao adentrarmos na seara das uniões homoafetivas no Brasil, faz-se necessário o estudo histórico-evolutivo dos aspectos legislativos e sociais no tocante ao seu reconhecimento. Vale lembrar que as leis canônicas desempenharam um papel importante na mácula desta instituição e possui, até a atualidade, influência no maquinário dos três poderes, instituídos pelo sistema democrático.

Ao analisar o termo “família” e sua evolução histórica, esta possuía uma conotação essencialmente patriarcal, isto é, o homem era o “chefe”, a “cabeça”, e a mulher delimitava-se às suas atividades domésticas e familiares referentes à prole. Através desta instituição, devidamente regulada pela igreja e legitimada pelo casamento, estas famílias se desenvolviam a partir daí.

Esta “família legítima” era incompatível com a realidade social e humana, afinal a sua sustentabilidade atendia às necessidades da época: segurança, continuidade patrimonial, honra de um homem. O reflexo desse sistema patriarcal no reconhecimento das uniões homoafetivas

encontra-se no silêncio da normativa brasileira quanto às uniões compostas por pessoas do mesmo sexo.

A Carta Magna de 1891 instituiu a separação entre o Estado e a Igreja, no entanto, em seu artigo 72, o qual regulava o casamento civil e sua gratuidade de celebração, destacava o reconhecimento apenas das uniões regulamentadas pelo casamento civil e de pessoas do mesmo sexo. Nessa esteira, a Constituição de 1946, instituiu o casamento civil como vínculo indissolúvel, com proteção especial do Estado e, novamente, entre pessoas com diversidade de sexos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que incorpora os princípios basilares dos direitos humanos, esperava-se que tal Carta Magna fosse a pioneira no reconhecimento das uniões homoafetivas, ao considerar que seus princípios fundamentais exaltam os direitos mínimos de todo cidadão e de toda pessoa humana, porém ocorre, em seu artigo 226, o contrário: não conceitua e tampouco dispõe sobre estas uniões, mas o legislador se omite na redação do artigo e incumbe à doutrina a sua discussão.

Se o Direito é o meio pelo qual a manutenção da paz social é possível, e sendo assim, deverá obedecer à ordem cronológica e acompanhar as mudanças sociais, a omissão ao reconhecimento das uniões homoafetivas pelo legislador não é compatível com a família contemporânea e com a democracia.

“Trata-se de uma questão de identidade e não de uma doença. Sendo fruto de um determinismo psíquico primitivo, não pode ser taxado como um desvio de conduta ou escolha pessoal. Como não é uma opção livre, não deve ser objeto de marginalização ou reprovabilidade social ou jurídica.” (MARIA BERENICE, 2010, p. 2)

Dito isto, é importante salientar que esta semelhança de gênero entre os indivíduos que compõem estas relações, não poderá ser justificativa para o não reconhecimento destas uniões como sendo legítimas, tendo em vista que existem fatores como a afetividade; a vida em

comum; em demais casos, a coabitação; a divisão plena de vida; características estas que são norteadoras das relações e dos direitos pessoais, pelo Direito de Família.

### **3.2 Reconhecimento das uniões homoafetivas e a ADPF 132 de 2011**

Valendo-se da sistemática de democratização e em razão das constantes demandas alusivas ao reconhecimento de uniões homoafetivas, em 2011, como um lampejo dessa condecoração, surge o advento da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 132, tendo por relator o Ministro Ayres Britto, com propositura pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro; pelo GGB (Grupo Gay da Bahia); pelo Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais; Centro de Luta pela Livre Orientação Sexual (CELLOS); Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais (Asstrav); Grupo arco-íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT); e o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Nos pedidos constantes na ADPF 132, os requerentes argumentaram quanto à falta de embasamento constitucional para a recusa do reconhecimento das uniões homoafetivas, já que o papel do Estado democrático é o de tutelar os direitos fundamentais, seja maioria ou minoria, sem distinção, além dos princípios constitucionais, impressos e pilares de todo o ordenamento jurídico, sustentarem tal reconhecimento.

Diante disso, em sede jurisprudencial, decide o Supremo Tribunal Federal, em voto unânime, pelo reconhecimento das uniões homoafetivas com direitos equiparados às uniões estáveis heterossexuais. Participaram deste acórdão os Ministros: Ayres Britto; Luiz Fux; Cármen Lúcia; Gilmar Mendes; Ricardo Lewandowski; Joaquim Barbosa; e Marco Aurélio; presidida por César Peluso.

Neste julgado do STF (Supremo Tribunal Federal), as uniões homoafetivas são afastadas da ideia de ilicitude, sendo vistas como formas libertárias de constituir relações, sem que o direito, em concordância com o acórdão, tenha a destinação de interferir nestas uniões, em respeito ao Princípio da Liberdade e ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O advento da ADPF 132 surge com o intuito de desafogar o sistema judiciário das demandas relativas a uniões homoafetivas, destinando-se a equiparar os direitos relativos à União Estável, já concedidos aos casais heterossexuais, aos homoafetivos. Esta iniciativa do



judiciário, no entanto, possui lacunas, tanto na sua essência, como na sua competência no tratamento desta condição social.

“Os ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão.” (ADPF 132, 2011, STF, p. 6)

Primordialmente, faz-se necessário elucidar que a decisão do egrégio tribunal diz respeito, somente, à extensão dos direitos anexos a união estável, e este, valendo-se dos preceitos constitucionais, apenas buscou justificar, pela ausência de uma normativa própria, a falta de ilicitude dessa instituição familiar, porém manteve o avanço apenas no reconhecimento dessas uniões.

“No julgamento da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ, ao decidir que a união estável homoafetiva tem regime jurídico de entidade familiar, o STF assegurou a uma parcela minoritária da população o direito de não se esconder sob o manto da vergonha, de não se submeter à maioria. Foi uma demonstração fático-jurídica de implementação do princípio da isonomia na realidade social e jurídica brasileira, garantindo a implementação de direitos fundamentais em favor de um grupo de pessoas humanas que também tem o direito de ser feliz.” (RENATO FERREIRA, 2012, p. 2)

Em se tratando do afastamento da ilicitude, o texto da ADPF 132, p. 3, diz que o *“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”*, ou seja, esta postura do STF indica falta de posicionamento expresso, e sim uma tentativa de reconhecimento dos direitos humanos aos casais homoafetivos.

## **IV- O CASAMENTO HOMOAFETIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

### **4.1 Desdobramento da ADPF 132 de 2011**

Destarte, ao Supremo Tribunal Federal incube resguardar a Constituição. Se existe uma questão de ausência normativa, esta prerrogativa pertencerá, portanto, ao Legislativo e não ao Judiciário. Sendo assim, não poderá o Judiciário interferir em competência do Legislativo, o resulta em Usurpação do Poder. Tal situação deveria, em vista disso, ser tratada, inicialmente, no Legislativo, com força de lei, para então ser zelada pelo STF, e não o contrário.

“Em específico a Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 132/ADI 4277, que trata das uniões homoafetivas, revela muito bem a situação de desequilíbrio entre as instituições detentoras do poder, ainda revelando um binômio método/mérito de questões relevantes para a sociedade (...) Importante assim entender que a partir do momento que se estabelece um novo comportamento é natural uma norma jurídica para acompanhá-lo, uma regulamentação dos novos modelos inseridos na sociedade.” (RONALDO FILHO, 2017, p. 2)

Ainda sobre a intervenção do judiciário na atividade legislativa, é relevante reconhecer que o Poder Judiciário, mesmo atuando de modo contrário às suas funções, teve a iniciativa de, na completa omissão legislativa, atuar em favor do reconhecimento das uniões homoafetivas, com base nos princípios da Dignidade da Pessoa Humana, pois reconhecer tais uniões é dar tratamento humanizado e digno à estes indivíduos; no Princípio da Igualdade, ao reconhecer e equiparar as uniões homoafetivas às uniões heterossexuais na abrangência de direitos destinados ao instituto da união estável; não obstante, ao Princípio da Liberdade; e demais princípios fundamentais constitucionais que serviram, no silêncio da norma, como mecanismos do processo democrático.

Ademais, a ADPF 132 foi um marco importante no reconhecimento desses direitos e da necessidade do legislativo atuar em conformidade com as suas atribuições. Tal decisão

serviu como uma provocação à ausência do legislador em promover um texto normativo que possibilite, legalmente, esta nova realidade.

No que diz respeito às lacunas deixadas pela ADPF 132, além das já supracitadas, está a da não concessão ao casamento pelos casais homoafetivos. Por uma questão lógica, se a justificativa para a autorização da União Estável para casais homoafetivos foi respaldada sob os princípios constitucionais e os direitos humanos, não deveria haver a negativa da mesma Corte ao casamento.

Vale lembrar que, os Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Estado Brasileiro, possuem, hierarquicamente, posição semelhante ao das emendas constitucionais. Os princípios fundamentais que regem a Constituição de 1988 foram incorporados por este documento e, portanto, as demais áreas e regimentos legais não podem se abster desta raiz principiológica, mesmo com a ressalva da emenda nº 45, que estabelece aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em quórum qualificado de 3/5.

Ainda assim, todo o ordenamento jurídico brasileiro possui égide nos princípios extraídos dos tratados que versam sobre direitos humanos, e estes deverão nortear a sistemática normativa na garantia dos direitos mínimos a todo indivíduo, em concordância com o sistema democrático.

#### **4.2 Resolução nº 175 do CNJ**

Com o reconhecimento da união homoafetiva pela ADPF 132 e sua equiparação às uniões estáveis heteroafetivas, surgem discussões acerca da possibilidade do casamento homoafetivo, afinal a concessão do direito à unirem-se, com as mesmas prerrogativas destinadas à união estável, segue a lógica de que, se não há barreiras para a efetivação destas uniões em sede de união estável, conseqüentemente, a mesma possibilidade de unirem-se em matrimônio e em convalescerem suas uniões estáveis em casamento é permitido, pois se partimos da premissa de que todos são iguais perante a lei e as duas possibilidades são permitidas aos casais heteroafetivos, devem, portanto, já reconhecida a união e equiparação à união estável, o casamento aos casais homoafetivos.

A partir do advento da ADPF 132 de 2011, passaram a surgir casos de obstes no cumprimento regular das autoridades judiciárias em face das uniões homoafetivas. O CNJ, usando-se de sua atribuição administrativa e reguladora, no ano de 2013, dispõe a seguinte

resolução: “Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”, e continua, “Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.”.

Vale salientar que, anteriormente, os casais de homossexuais que pretendessem o reconhecimento de suas uniões, precisavam ingressar no processo judicial, com possibilidades elevadas de não conseguirem sucesso em seu objetivo. O art. 2º desta resolução, possibilita a um mecanismo mais prático e sólido para recorrer, diante da recusa do magistrado e a incidência, inclusive, de sanções administrativas por sua negativa.

No entanto, ao que parece, esta possibilidade prevista no art. 2º da Res. 175 do CNJ não foi cumprida, à risca, em todos os estados-membros, igualmente. De acordo com o IBDFAM, 2017, “Em alguns estados, no entanto, membros do Ministério Público se posicionam contrários às uniões. Florianópolis é uma das cidades onde a recusa tem sido sistemática. Ainda assim, em 2015, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) e a Associação Amigos em Ação de Santa Catarina conseguiram realizar uma cerimônia coletiva de casamento civil para 40 casais homoafetivos, sem custo aos noivos. Em 2016, o número diminuiu: foram 12. Em todo o estado, segundo dados da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina, foram realizados 1.444 casamentos nos últimos 4 anos.”

Dito isto, evidencia-se a necessidade do casamento homoafetivo ter um antecedente normativo para sua consolidação, tendo em vista que o funcionalismo público-judicial é falho e, sobretudo, conservador, faz-se necessário ao legislador impedir a incidência de brechas para o seu não cumprimento. Destarte, a Res. 175 do CNJ, incide no mesmo erro praticado pela ADPF 132: o da criação de normas. Tal situação fica evidente em seu primeiro artigo, quando trata do Casamento Civil e da conversão da União Estável em Casamento para casais homoafetivos, que não possuem, ainda, uma matriz normativa, mas jurisprudencial.

Vale ressaltar que, as atribuições destinadas ao CNJ são as de natureza regimentar, como órgão controlador administrativo do Judiciário. É o “fazer cumprir” à nível administrativo, porém este cumprimento deve estar balizado na Lei, primordialmente, pois tanto o STF como o CNJ são órgãos do Poder Judiciário que devem resguardar a lei e à realizar sua efetivação, e não criar normas no silêncio no legislador.

## **V- Considerações Finais**

Este artigo teve como objetivo geral a análise do casamento homoafetivo no ordenamento jurídico brasileiro após a ADPF 132, tendo como proposta o estudo dos Princípios Norteadores do Direito de Família como facilitadores no processo de reconhecimento das uniões homoafetivas e, conseqüentemente, do casamento entre pessoas do mesmo sexo, trazendo noções sobre uniões homoafetivas; união estável; entidades familiares; e casamento; sob as perspectivas histórica, social e legal. Não obstante, a observação das principais decisões na seara jurisprudencial e se contribuíram para o reconhecimento das famílias homoafetivas como legítimas.

Dito isto, ao decorrer deste trabalho científico, é indubitável reconhecer a importância dos princípios constitucionais para a legitimação desta entidade familiar, com ênfase no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tendo em vista que o direito às diferenças é um direito humano e agrega dignidade às relações nascidas dessas diferenças. Os percalços para a aceitação social e reconhecimento do Direito às famílias homoafetivas ainda é um desafio na atualidade sem, no entanto, desmerecer os avanços em sede jurisprudencial referentes ao tema.

A ADPF 132 revela-se pioneira para tratar do tema, por motivação legítima, porém incompetente para elaboração de novas situações jurídicas, o que motivou inúmeras discussões nos campos doutrinários e legislativos, sobre sua validade e alcance. Esta problemática, no entanto, não desvalida a iniciativa do Poder Judiciário, e responde, sem dúvidas, à uma mudança significativa na realidade das uniões homoafetivas.

No entanto, se analisarmos o Princípio da Afetividade, constante no Direito de Família, seria, acoplado aos demais direitos constitucionais, suficiente no reconhecimento e legitimação dessas famílias. O que gera discordâncias entre doutrinadores é a natureza da afetividade, sendo ela sentimento ou princípio. Evidente que, é de suma importância que a afetividade seja considerada princípio, para então consolidar a importância da afetividade na legitimação dos núcleos familiares.

Ante o exposto, após anos de consagração da nossa Carta Cidadã, ainda encontra-se questões de primo direito sendo discutidas, omitidas e impedidas pela ideologia patriarcal, que embaraça o alcance de direitos igualitários à grupos que sofrem com a discriminação até a

atualidade, sendo necessária uma situação de Usurpação do Poder pelo sistema judiciário para amenizar o problema do reconhecimento e admissibilidade, mas sem resolver tal situação.

Faz-se necessária, portanto, a mobilização do Poder Legislativo para a consagração dos direitos à união e ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, com base nos Princípios Norteadores do Direito de Família e no sistema democrático de direito, afim de, na instabilidade da administração pública, trazer segurança e finitude à questão, de modo à positivar e garantir tratamento paritário aos casais homoafetivos.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. 35°. ed. Brasília: Centro de Documentação e Informação Edições Câmara, 2012, p. 13.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 44-50

DA SILVA, José Afonso. A Dignidade da Pessoa Humana Como Valor Supremo da Democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 90, Abril/Junho, 1998

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família da Propriedade Privada e do Estado**: tradução de Ciro Mioranza. 2. ed. São Paulo: Escala, v.2. p. 31

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Compacto Jurídico**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Rideel, 2012, p. 121

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 21,

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 4-10

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 99

DIAS, Maria Berenice. **Direitos Humanos e Homoafetividade**. Disponível em <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_635\)50\\_\\_direitos\\_humanos\\_e\\_homoafetividade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_635)50__direitos_humanos_e_homoafetividade.pdf)>. p. 3. Acesso em 10 set. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 46

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva**. Disponível em <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_655\)39\\_\\_uniao\\_homossexual.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_655)39__uniao_homossexual.pdf)>. p. 2. Acesso em 2 dez. 2018.

STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 132**. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 05/05/2011. Supremo Tribunal Federal, 2011. p. 3-6 Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 5 dez. 2018.

FERREIRA, Renato Ângelo Salvador Ferreira. **A Importância do papel contramajoritário assumido pelo Supremo Tribunal Federal no Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132**. p.2 Disponível em <<http://livrozilla.com/doc/762378/o-que-significa-dizer-que-o-stf-assumiu-um-papel-contrama...>>. Acesso em 2 dez. 2018.

FILHO, Ronaldo Paulino. **Entre o Legislador e o Intérprete: o binômio método-mérito na análise da ADPF 132/ADI 4.277**. 1. ed. Porto Alegre: Simplíssimo, 2017, v. 1. p. 2

CNJ. **RESOLUÇÃO nº 175**. Ministro: Joaquim Barbosa. DR: 14/05/2013. Conselho Nacional de Justiça, 2013. p. 1. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em 10 nov. 2018.