

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO “MINISTÉRIO PÚBLICO EM AÇÃO”

PEDRO DA CUNHA PINTO CARDOSO
Matrícula: 19577

A regulamentação do casamento na legislação brasileira e o reconhecimento da união
homoafetiva como entidade familiar

Rio de Janeiro

2023

1. INTRODUÇÃO

Uma das atribuições mais clássicas do Direito é a de estabelecer regras, com o fim último de possibilitar a vida em sociedade. Afinal, por meio da determinação de regras de conduta, isto é, de padrões de comportamento, é que se torna possível a coexistência social, sendo o Direito fruto da aspiração coletiva e instrumento garantidor das relações justas e equitativas entre os indivíduos. Salienta Maria Berenice Dias, contudo, que “*Ainda que o Estado tenha o dever de regular as relações interpessoais, precisa respeitar a dignidade, a liberdade e a igualdade de todos e de cada um.*”¹.

Sendo certo que o Livro IV do Código Civil de 2002, intitulado “Do Direito de Família”, traz, logo em seu primeiro dispositivo, a previsão de que “*O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*” (art. 1.511), é inegável a relevância jurídica que assume a união com o propósito de estabelecer vínculo conjugal, a partir da qual decorrem direitos e deveres, titularizados por ambos os cônjuges. Se é fato inconteste que há, por parte do Direito, um interesse em regular o instituto do casamento – o qual, inclusive, é dos atos mais repletos de formalidades do direito civil² –, também não se pode olvidar que o Direito, enquanto conjunto de normas que regulam a vida social, necessita acompanhar atentamente as evoluções e transformações por que passa a sociedade, de modo a seguir atendendo ao propósito de garantir a convivência sadia e harmoniosa no seio do território em que é aplicado.

Atento a estas reconfigurações, bem sublinha Luís Roberto Barroso: “*Nas últimas décadas, culminando um processo de superação do preconceito e da discriminação, inúmeras pessoas passaram a viver a plenitude de sua orientação sexual e, como desdobramento, assumiram publicamente suas relações homoafetivas*”³.

É com esta perspectiva que o presente trabalho busca, em um primeiro momento, tecer considerações sobre o instituto do casamento, abordando noções básicas como o conceito, a sua natureza jurídica e as suas características, recorrendo, para tal objetivo, ao contributo da doutrina tradicionalmente debruçada sobre o campo do Direito de Família.

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias** - 14 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 40.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família** v. 6 - 20. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 25.

³ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 47, jan./mar. 2013, p. 143.

Em seguida, analisaremos o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da união homoafetiva como entidade familiar e os desdobramentos que a adoção deste viés por parte da Excelsa Corte produziu na jurisprudência nacional, com especial enfoque em acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que admitiu expressamente o “casamento homoafetivo”, afastando o requisito constitucional e legal da diversidade de sexos para a existência da sociedade conjugal.

Por fim, será possível desenhar um panorama atualizado das questões atinentes ao casamento homoafetivo no Direito brasileiro, oportunidade em que se verificará a consonância do atual tratamento jurídico conferido ao casamento entre pessoas do mesmo sexo com o princípio da dignidade humana, inscrito na Lei Maior (art. 1º, III, CF/88). Afinal, como leciona Rodrigo da Cunha Pereira, “*O Direito de Família é o mais humano de todos os ramos do Direito*”, tornando-se, portanto, “*imperativo pensar o Direito de Família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cujas bases e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de cidadania*”.⁴

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), v. 30, n. 104/105, out./mar. 2003/2004, p. 220.

2. BREVES NOTAS SOBRE O CASAMENTO

2.1 CONCEITO

Historicamente, o casamento vem sendo conceituado a partir de concepções filosóficas e religiosas que, de uma maneira geral, possuem como denominador comum a exigência de que a referida união se constitua pelas figuras do homem e da mulher. As definições elaboradas por Washington de Barros Monteiro e Pontes de Miranda são evidência clara dessa tendência na medida em que, para o primeiro, casamento é “*a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos*”, enquanto que o segundo conceitua o casamento como o

[...] contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer.⁵

A definição fornecida por Flávio Tartuce, a seu turno, goza do mérito de estar em sintonia com a jurisprudência recente que afasta o requisito da diversidade de sexos para a existência do casamento, sendo válida a sua transcrição: “*O casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto*”.⁶

2.2 NATUREZA JURÍDICA

Em que pese não haja consenso na doutrina acerca da natureza jurídica do casamento, três teorias despontam como as principais: a concepção clássica, também chamada de individualista ou contratualista; 2) a concepção institucionalista ou supraindividualista; e 3) a concepção de natureza eclética ou mista.

A primeira concepção, nas palavras de Gonçalves, “*floresceu no século XIX*” e “*considerava o casamento civil, indiscutivelmente, um contrato, cuja validade e eficácia decorreriam exclusivamente da vontade das partes*”, razão pela qual é entendida por aquele autor como uma ruptura com a ótica religiosa influente até então, para qual o casamento era verdadeiro sacramento. Tal concepção clássica viria a sofrer oposição da concepção institucionalista, para a

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, p. 21.

⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único** – 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2022, p. 2746.

qual “o casamento é uma ‘instituição social’, no sentido de que reflete uma situação jurídica cujos parâmetros se acham preestabelecidos pelo legislador”⁷, tese sustentada por doutrinadores como Maria Helena Diniz e Rubens Limongi França.

Por fim, a teoria mista ou eclética surge como uma terceira alternativa, preconizando que “o casamento é uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação”⁸, corrente à qual filia-se Carvalho Santos, para quem o casamento

É um contrato todo especial, que muito se distingue dos demais contratos meramente patrimoniais. Porque, enquanto estes só giram em torno do crescimento econômico, o casamento se prende a elevados interesses morais e pessoais e de tal forma que, uma vez ultimado o contrato, produz ele efeitos desde logo, que não mais podem desaparecer, subsistindo sempre e sempre como que para mais lhe realçar o valor.⁹

2.3 CARACTERÍSTICAS

Alguns caracteres do casamento merecem especial destaque, sendo o primeiro deles o fato de se tratar de ato revestido por solenidades, tal como também o é o testamento, em razão da importância que possuem e das repercussões patrimoniais que podem gerar. Uma análise dos dispositivos do Código Civil permite afirmar que o ato matrimonial é regido por formalidades que se vislumbram desde o processo de habilitação e publicação de editais, passando pela cerimônia de celebração, até o momento final do registro em livro próprio. Tais formalidades, ressalte-se, constituem “*elementos essenciais e estruturais do casamento, cuja inobservância torna o ato inexistente*”¹⁰.

Em segundo lugar, há que trazer à baila que a regulamentação do casamento se dá por meio de normas de ordem pública, isto é, de dispositivos insuscetíveis de influência da autonomia privada dos nubentes. A razão de ser por trás desta imperatividade normativa residiria no fato de que ao casamento é reservada a função de, nas palavras de Gonçalves, “*dar à família uma organização social moral compatível com as aspirações do Estado e a natureza permanente do homem, definidas em princípios insculpidos na Constituição Federal e nas leis civis*”. Resta evidente, portanto, que essa característica do casamento é decorrente da própria formalidade que envolve todo o ato matrimonial: afinal, se a lei prescreve uma forma e rito próprios para esta celebração, não faria sentido que o particular pudesse, no exercício da sua autonomia privada,

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, p. 23.

⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**, p. 2746.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, p. 24.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, p. 25.

adaptar como bem entendesse regramentos sobre direitos e deveres do casamento ou condições para a dissolução do vínculo, por exemplo.

Sob outro prisma, o art. 1.511 do Código Civil, ao enunciar que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, na ótica de Gonçalves, acaba por conduzir ao raciocínio de que se trata de uma “*união exclusiva*”, conclusão corroborada, inclusive, pela leitura do art. 1.566 da lei civil, que elenca a “fidelidade recíproca” como primeiro dever no rol das obrigações de ambos os cônjuges.

Ademais, embora tradicionalmente classificado como representação de uma “união permanente”, o casamento não mais é entendido como uma união que deva obrigatoriamente perdurar, predominando, assim, a tese que defende a sua dissolubilidade. Em que pese na atualidade ainda existam países onde o divórcio não é admitido, o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, no Brasil, foi extirpado pela Emenda Constitucional nº 9, de 1977, que serviu para estabelecer, ainda, os parâmetros para a dissolução da sociedade conjugal, regulamentada posteriormente pela Lei nº 6.515/1977.

Outra característica notável do casamento é a incompatibilidade com dois dos elementos acidentais do negócio jurídico: o termo e a condição. É, portanto, necessariamente negócio jurídico puro e simples. Some-se a essa característica o fato de que o casamento está calcado na liberdade de escolha do nubente, cabendo exclusivamente aos consortes manifestar a sua vontade, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, conforme inteligência do art. 1.542 do Código Civil.

Por fim, o tradicional posicionamento da “diversidade de sexos” no rol de traços distintivos do casamento – o que ocorria até por força do conteúdo da Constituição Federal, que segue admitindo literalmente apenas o casamento entre homem e mulher – merece uma releitura à luz dos caminhos trilhados pela jurisprudência, norteadas pela necessidade de classificar como família outros e novos arranjos, igualmente merecedores de proteção jurídica. Desse modo, se antes eram consideradas mesmo juridicamente inexistentes as uniões homossexuais, fato é que, na atualidade, o casamento homoafetivo goza de chancela do Direito, numa virada copernicana que se obteve a partir de construções jurisprudenciais e que, contudo, ainda carece de expressa previsão legal. É sobre este percurso que discorrerá o próximo capítulo.

3. A DIVERSIDADE DE SEXOS COMO REQUISITO E OS CAMINHOS TRILHADOS PELA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ

Bem arremata Luís Roberto Barroso, ao tratar da paulatina ultrapassagem de barreiras e preconceitos que sempre existiram em torno de relacionamentos construídos sob lógica diversa da heterossexual:

No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. A aceitação social e o reconhecimento jurídico desse fato são relativamente recentes e, conseqüentemente, existem incertezas acerca do modo como o Direito deve lidar com o tema.¹¹

O reconhecimento de que a sociedade tem se mostrado mais plural, diversa e receptiva à diferença não significa dizer, por outro lado, que manifestações de homofobia deixaram de ser uma tônica. Inegável que seguimos assistindo a episódios de preconceito, alguns, lamentavelmente, com recurso à violência, porém o que chama a atenção e nos serve de particular valia neste trabalho é que, sem sombra de dúvida, algo no tecido social mudou, se nos recordamos do tratamento que historicamente vem sendo destinado a pessoas LGBTQIA+. Barroso (2013, p. 145) refere-se a este fenômeno salientando que as manifestações discriminatórias *“já não contam com a cumplicidade silenciosa da opinião pública”* e, ainda mais importante: *“Aos poucos se consolida uma cultura capaz de aceitar e de apreciar a diversidade”*.

Esta progressiva adaptação do olhar da sociedade, por via reflexa, tem conduzido a uma releitura da homossexualidade pelos operadores do Direito, que se veem compelidos a albergar, no seio da normatividade, também estas configurações – as quais, embora alvo de maior visibilidade somente nos tempos de hoje, nunca deixaram de ser uma realidade. Contudo, a análise de decisões judiciais demonstra que este não é um caminho sem percalços, não se tratando, portanto, de uma trajetória livre e desimpedida rumo ao reconhecimento de que às uniões homoafetivas deve ser aplicado o mesmo regime jurídico dispensado às uniões entre pessoas de diferentes sexos. Manifestação desta tendência mais conservadora da jurisprudência pode ser vislumbrada na seguinte ementa, de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 47, jan./mar. 2013, p. 144.

Apelação Cível. Ação declaratória. União homoafetiva. Impossibilidade jurídica do pedido. Carência de ação. Sentença mantida. A impossibilidade jurídica do pedido ocorre quando a ordem jurídica não permite a tutela jurisdicional pretendida; Na esteira da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, diante da norma expressa, contida no art. 226, §3º, da Constituição da República, somente entidade familiar pode constituir união estável, através de relacionamento afetivo entre homem e mulher; revela-se manifestamente impossível a pretensão declaratória de existência de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo.¹²

Quanto a esta eventual postura de não visualização de guarida jurídica para as uniões homoafetivas por parte dos atores a quem compete a aplicação do Direito face ao caso concreto, entende Barroso que *“a ordem jurídica em um Estado democrático não deve ser capturada por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais”*. Assinala o eminente constitucionalista, desse modo, que *“o intérprete constitucional deve ser consciente de suas pré-concepções, para que possa ter autocrítica em relação à sua ideologia e autoconhecimento no tocante a seus desejos e frustrações”*. Assim, sustenta como ideal, por parte do intérprete e aplicador da Constituição e das leis, uma atitude de abandono de suas próprias convicções, de modo a privilegiar a teleologia e os fundamentos de todo um arcabouço jurídico fundado, como se sabe, na isonomia (art. 5º, *caput*, CF/88) e na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, também da Lei Maior).

Nesta seara, a noção de segurança jurídica adquire igual relevância na medida em que, se ao olhar do Direito um fenômeno tão presente como o das relações homoafetivas passa despercebido, é evidente que se perderá uma oportunidade de conferir a devida proteção e os direitos dela decorrentes a essas uniões, as quais nenhuma ameaça representam aos valores inscritos na Constituição da República. Comungando dessa perspectiva, leciona Barroso (2013, p. 151):

As uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo são uma consequência direta e inevitável da existência de uma orientação homossexual. Por isso mesmo, também são um fato da vida, que não é interditado pelo Direito e diz respeito ao espaço privado da existência de cada um. As relações homoafetivas existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado. Se o direito se mantém indiferente, de tal atitude emergirá uma indesejada situação de insegurança.

Entretanto, e como tivemos oportunidade de abordar no capítulo anterior, em que brevemente percorremos a tradicional conceituação de casamento (na qual predominavam o elemento “diversidade de gêneros” e a finalidade de reprodução), a “impossibilidade de procriação” vinha se colocando como obstáculo ao reconhecimento das uniões homoafetivas como

¹² TJMG, j. 24 mai. 2006, AC 1.0024.04.537121-8/002, Rel. Des. Domingos Coelho.

juridicamente existentes, justificativa que Barroso reputa como carente de razoabilidade. Nesse viés, reproduz-se a argumentação por ele mobilizada:

No cerne da noção contemporânea de família está a afetividade, o projeto de comunhão de vidas, independentemente da sexualidade. O próprio Código Civil impõe como requisito para a caracterização de união estável apenas a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família. Não há qualquer referência à procriação. Além disso, o reconhecimento constitucional da família monoparental afasta definitivamente o argumento de que a impossibilidade de procriação seja um óbice à atribuição do *status familiae*.¹³

Ademais, condena o autor o recurso a argumentos como o da afronta à moralidade ou a valores cristãos, os quais, em que pese frequentemente manejados neste tipo de debate, ignoram duas premissas principais: primeiramente, que o Direito e a moral não constituem campos idênticos, tendo abrangências distintas; e de outro lado, a seu turno, a própria laicidade do Estado, depreendida do texto constitucional, inclusive, quando no inciso I do art. 19 veda relações entre entes federativos e cultos religiosos ou igrejas.¹⁴

Há, necessariamente, que trazer à baila a noção de família como um “*fenômeno sociocultural institucionalizado pelo Direito*”, entendendo Barroso que o tratamento a ela dispensado pelo Direito necessita estar em consonância com as transformações por que passa a sociedade. É partindo deste entendimento que o autor reconhece a árdua tarefa que, neste mundo em constante rearranjo e de novas configurações familiares, se coloca perante o Direito de Família:

Para além da família formada pelo casamento, reunindo homem, mulher e filhos, o direito vem progressivamente reconhecendo novas modalidades de entidade familiar. O desafio hoje apresentado ao direito de família é incorporar o pluralismo e corresponder aos objetivos que lhe são confiados. (BARROSO, 2013, p. 170)

Neste panorama em que são privilegiadas as noções de “afetividade” e “comunhão de vida”, a jurisprudência tem se encarregado de preencher juridicamente o silêncio da Constituição, o qual, ressalte-se, não equivale a um rechaço ou a um não reconhecimento da homoafetividade. Como vimos, a própria axiologia do texto constitucional – que dá ênfase à não discriminação, à

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 47, jan./mar. 2013, p. 161.

¹⁴ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

[...]

igualdade e à prevalência dos direitos humanos, por exemplo – conduz-nos à compreensão de que este silêncio face à homossexualidade soa mais como um empreendimento do legislador constituinte em deixar “o tema aberto à evolução dos costumes e do Direito”¹⁵.

Assim, a norma constante do art. 226, § 3º, da CF/88, reconhecendo “a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” deve ser lida à luz da principiologia inclusiva da Lei Maior, que não veda a extensão deste mesmo regramento às uniões homoafetivas. Este argumento ganha ainda mais força quando entendemos que a razão de ser por detrás do aludido dispositivo da Constituição da República é superar as discriminações até então vigentes a uniões entre homem e mulher que não estivessem sob o manto do casamento. Nessa toada, se a norma é introduzida no texto constitucional com o objetivo de dar juridicidade a uma configuração familiar recorrente, ainda que não tradicional, qual sentido haveria em negar esta mesma segurança jurídica a outras configurações que a realidade da vida social viria, posteriormente, a apresentar?

Nesse sentido, convém transcrever a lição de Barroso (2013, p. 74) acerca da interpretação do preceito constitucional acima abordado:

Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão “união estável entre o homem e a mulher” importa, *a contrario sensu*, em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição - e uma restrição preconceituosa - de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional.

Apenas por amor ao debate, Barroso apresenta interessante linha argumentativa apta a defender a extensão do regime jurídico consolidado no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, às relações homoafetivas, no caso de se considerar que o texto constitucional, por si só, não é claro o bastante para assegurar a incidência desta normatividade igualmente às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 47, jan./mar. 2013, p. 173.

Nas palavras de Tartuce (2022, p. 85), “*O sistema jurídico constitui um sistema aberto, no qual há lacunas, conforme elucida Maria Helena Diniz em sua clássica obra ‘As lacunas no direito’. Entretanto, de acordo com as suas lições, as lacunas não são do direito, mas da lei, omissa em alguns casos.*”. De tal afirmação, extrai-se uma conclusão clara: se as lacunas são da lei e não do Direito, há que buscar neste último a solução para a ausência de regramento legal ante certas situações da vida cotidiana. A este processo de preenchimento de vazios normativos, com recurso ao próprio ordenamento, dá-se o nome de integração.

Considerando a especial força normativa de que gozam os princípios no atual panorama do neoconstitucionalismo, a integração, se considerarmos omissão normativa a não referência a uniões homoafetivas no texto constitucional, passaria exatamente por fazer irradiar sobre esta lacuna os princípios consagrados ao longo da Lei Maior. É este o caminho sugerido por Barroso, como se observa:

Ora bem: em parte anterior do presente trabalho sustentou-se que sequer existe lacuna normativa, de vez que os princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade e segurança jurídica impunham a extensão do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas. **Considerando-se, para argumentar, que exista de fato omissão normativa na matéria, hipótese é de se aplicar os mesmos princípios para saná-la**, produzindo-se como resultado a equiparação, em tudo que couber, das uniões estáveis entre homem e mulher e as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. (BARROSO, 2013, p. 175, grifos nossos)

Outro percurso possível para realização da integração seria lançando mão da analogia, que Tartuce (2022, p. 89) define como “*a aplicação de uma norma próxima ou de um conjunto de normas próximas, não havendo uma norma prevista para um determinado caso concreto*”. Barroso advoga, portanto, que as uniões homoafetivas e heterossexuais partilham das mesmas características, quais sejam, os elementos essenciais da união estável descritos pelo Código Civil: a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, conforme o art. 1.723, *caput*, do diploma civil. Diante de tal constatação, prossegue o constitucionalista: “*Os elementos nucleares do conceito de entidade familiar - afetividade, comunhão de vida e assistência mútua, emocional e prática - são igualmente encontrados nas duas situações. Diante disso, nada mais natural do que o regime jurídico de uma ser estendido à outra*”.¹⁶

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 47, jan./mar. 2013, p. 176.

Trilhando esta exata trajetória interpretativa, acórdão prolatado pela 3ª Turma da Corte Cidadã, datado de 2010, merece ter aqui sua ementa parcialmente transcrita:

Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão *post mortem*. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa.

[...]

- Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.

- O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. **O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.**

- Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo.

[...]

- **O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos.**

- Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos.

[...]

(REsp n. 1.026.981/RJ, relatora Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 4/2/2010, DJe de 23/2/2010, grifos nossos)

Neste cenário de gradual evolução jurisprudencial rumo ao reconhecimento das uniões homoafetivas, salta aos olhos a fórmula pela qual uma parcela dos tribunais tentou conferir tratamento jurídico à matéria: recorrendo ao conceito de “sociedade de fato”, o qual, sendo instituto atinente ao direito patrimonial e obrigacional, mostra-se incompatível com a natureza eminentemente familiar que ostentam as relações fundadas na homoafetividade. É deste entendimento que comunga Luís Roberto Barroso, por exemplo, ao afirmar que:

Não bastaria, portanto, o reconhecimento de meras sociedades de fato, tal como tem prevalecido na jurisprudência brasileira. Embora esta seja uma forma de reconhecimento, ainda precário, é preciso destacar que a sociedade de fato é um instituto jurídico do direito das obrigações, ao contrário da união estável, que se insere no direito de família. A fórmula da sociedade de fato já marca uma evolução da jurisprudência – lembrando o

caminho percorrido em relação às uniões estáveis entre homem e mulher – **mas ainda equivale à negação de natureza familiar às relações homoafetivas: para o direito, os homossexuais estariam impedidos de, mantendo sua identidade, constituírem famílias. Disso resulta negar a um grande conjunto de pessoas uma das dimensões básicas da afetividade, caracterizando manifesto preconceito e sendo incompatível com a tábua de valores da Constituição.** (BARROSO, 2013, p. 177, grifos nossos)

A partir do julgamento em conjunto, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ, foi dada interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, diante do reconhecimento de que é na Carta Magna que se encontram “*as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família*”.¹⁷

O referido acórdão coloca-se como um marco importante na jornada de reivindicações historicamente postas em pauta pela comunidade de pessoas LGBTQIA+, especialmente porque, ao consolidar uma leitura do art. 1.723 da lei civil sob o manto dos valores constitucionalmente previstos, a Excelsa Corte abriu caminhos para que fossem garantidos outros direitos a esta parcela da população. Afinal, embora não tenha sido o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo objeto da discussão travada entre os Ministros do STF, digno de nota que o reconhecimento da existência de uniões estáveis homoafetivas trouxe consigo o reconhecimento de que a essas uniões também se aplica o mandamento constitucional do art. 226, § 3º, CF/88. Significa dizer que a lei deverá, do mesmo modo que o faz em relação às uniões entre pessoas de sexo diferentes, facilitar a conversão das uniões homoafetivas em casamento, isto é, “*estabelecer modos mais ágeis de se alcançar semelhante propósito*”, tal como leciona Gonçalves (2023, p. 114).

Se ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição (art. 102, *caput*, CF/88) e, portanto, a última palavra quanto à constitucionalidade de normas do ordenamento jurídico nacional, o julgamento conjunto da ADI 4.277 e da ADPF 132 – com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, registre-se – deu azo, necessariamente, a uma revolução na jurisprudência pátria, de que é exemplo o julgamento do REsp 1.183.378/RS pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

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

¹⁷ ADI 4277, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212.

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.

[...]

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

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.

[...]

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.

[...]

(REsp n. 1.183.378/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/10/2011, DJe de 1/2/2012, grifos nossos)

A construção jurisprudencial desenvolvida no acórdão da Corte Cidadã, cuja ementa reproduziu-se parcialmente acima, gozou de fundamental importância para a aprovação da Resolução nº 175, de 2013, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Prevendo em seu art. 1º que *“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”*, além de estabelecer consequências para esta indevida recusa no seu art. 2º, a Resolução nº 175 pode ser lida como um passo importante em direção à normatividade do tema, que, lamentavelmente, segue amargando a silente postura do Congresso Nacional.

4. CONCLUSÃO

Da análise histórica do conceito de casamento, empreendida no presente trabalho, verificou-se a prevalência de definições que apelavam, necessariamente, a uma união entre homem e mulher. Desta tendência é exemplo a definição proposta por um dos elaboradores do Código Civil francês, Jean-Étienne-Marie Portalis, para quem o casamento é “*a sociedade do homem e da mulher, que se unem para perpetuar a espécie, para ajudar-se mediante socorros mútuos a carregar o peso da vida, e para compartilhar seu comum destino*”¹⁸.

Paulatinamente, as transformações sociais e o reconhecimento, pela sociedade, de que as uniões homoafetivas são “*atos lícitos e relativos à vida privada de cada um*”¹⁹ contribuíram para dar lugar a inserção dessa discussão também no campo do Direito, que, como tivemos oportunidade de salientar na introdução deste artigo, deve ser capaz de reinventar-se sempre que a evolução do pensamento social o exigir. No mais, sendo certo que o Estado assume papel fundamental no que tange à promoção da diversidade e à desconstrução de preconceitos, por imposição da aspiração pluralista do constituinte de 1988, tampouco poderia o Direito quedar-se inerte, eximindo-se de abrigar no conceito de família novos arranjos, igualmente dignos de tutela.

Nesse sentido, de incontestável relevância são os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade, somado ao princípio da segurança jurídica, os quais, em conjunto, impõem ao intérprete do Direito o dever de reconhecer também as uniões homoafetivas como entidade familiar, tal como – adequadamente, a nosso ver – procedeu a Excelsa Corte no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, em 2011.

Saliente-se, por fim, que esta trajetória rumo à sedimentação de direitos não se encontra, atualmente, perfeita e acabada. Em que pese resolução publicada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tenha garantido, em 2013, o casamento homoafetivo no país, determinando que tabeliães e juízes fossem proibidos de se recusar a registrar o casamento civil e a conversão de união estável em casamento civil entre homossexuais, fato é que tal garantia ainda pende de ser concedida por lei, o que contribuiria, decerto, para uma consolidação da segurança jurídica em torno do tema.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, p. 20.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 47, jan./mar. 2013, p. 178.

5. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 47, jan./mar., 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Data de acesso: 08 mai. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias** - 14 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família** v. 6 - 20. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2023.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), v. 30, n. 104/105, out./mar. 2003/2004.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único** – 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2022.