

A NOVA CONCEPÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS TRAZIDOS PELA ADI 4277

Luís Romiclébison Goveia Tomé¹

Clarissa de Oliveira Gomes Marques da Cunha²

Direito



ISSN IMPRESSO 1980-1785
ISSN ELETRÔNICO 2316-3143

RESUMO

Este artigo trata-se da conceituação da entidade familiar, na qual ao decorrer do tempo foi se transformando e tentando se adaptar com a sociedade. Tem como objetivo principal o estudo das famílias homoafetivas, na análise da Legislação e da Jurisprudência brasileira, tanto na Constituição Federal de 1988 como também na legislação infraconstitucional, e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº4277, que regulamenta a união homoafetiva. O tema demonstra o respaldo para concretização de direitos e princípios fundamentais tais como Dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade. O assunto dá a importância à união homoafetivas e a busca pela formação da família, seja por união estável seja por casamento. Definindo o tema sobre as entidades de família contemporânea com o reconhecimento da entidade homoafetiva.

PALAVRAS-CHAVES

Entidade familiar; União homoafetiva; ADI nº 4277; Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This article deals with the conceptualization of the family entity, which in the course of time has been changing and trying to adapt with society. Its main objective is the study of homoaffective families, in the analysis of Brazilian Law and Jurisprudence, both in the Federal Constitution of 1988 and in the infraconstitutional legislation, and the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) n ° 4277, which regulates the union homoaffective. The theme demonstrates the support for the realization of fundamental rights and principles such as the dignity of the human person, freedom and equality. The subject gives importance to the homoaffective union and the search for the formation of the family, either by stable union or by marriage. Defining the theme on contemporary family entities with the recognition of the homoaffective entity.

KEYWORDS

Family entity; Homoafetive union; ADI No. 4277; Dignity of the human person.

1 INTRODUÇÃO

O direito de família que abrange a entidade familiar que é de grande relevância, trata-se da importância da regulamentação de qualquer modalidade de família para que ela tenha os direitos cumpridos. O tema traz o que há de proteção feita pela legislação e pelos entendimentos jurisprudenciais nas entidades de família, em que essas não estando regulamentadas pela Constituição Federal (CF) de 1988 e no Código Civil de 2002, buscará um entendimento na jurisprudência.

Por meio do método de pesquisa bibliográfica e análise da jurisprudência, em que se buscará o questionamento sobre as entidades familiares que a lei amparava ao decorrer do tempo, a qual conceituava de modo restrito as modalidades de família. Vindo a abranger o tema pelas decisões jurisprudências que demonstra a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 4277 no Supremo Tribunal Federal (STF), com o posicionamento do relator e outros ministros.

Assim o tema abordará uma importância significativa, na qual se dá a busca de direitos para as minorias, como é o caso das uniões homoafetivas, sendo atualmente de grande relevância o relato sobre essa entidade familiar a ser abordada. Ao passo que a sociedade avança, o direito deve acompanhar esse progresso e se habituar para que nenhum direito seja ultrapassado.

Todos esses aspectos serão abordados por meio da análise da constituição federal de 1988 e das leis que regulamentam o direito de família, dando também a devida importância do entendimento jurisprudencial relacionado à entidade familiar.

Logo a essência do tema consta a entidade familiar homoafetiva que teve um avanço após o julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) da Ação Direta de In-

constitucionalidade (ADI) nº4277 em 2011, e a repercussão formada em torno dos direitos adquiridos, no qual se teve com Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº175 no ano de 2013, fazendo desde então um elo entre as famílias tradicionais, que decorreram por diversos anos, e as famílias atuais que a doutrina as nomeiam como entidade familiar contemporânea. Relatando desde a conceituação da entidade familiar na legislação, sendo abordado, também, todo o amparo que foi dado pela ADI nº4277 com sua repercussão, e percebendo como a entidade familiar homoafetiva é vista na atualidade.

2 CONCEITUAÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR NA CONSTITUIÇÃO E NO CÓDIGO CIVIL

O direito de família contemplado na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, traz uma abrangência no conceito a fim de que a entidade familiar enquadre uma maior classificação de famílias que é apresentada de várias formas, sendo afirmado assim por Flávio Tartuce (2017, p. 23), que resguarda os novos temas da entidade familiar:

Conceito de Direito de Família: ramo do Direito Civil que tem como conteúdo o estudo dos seguintes institutos jurídicos: casamento, união estável, relações de parentesco, filiação, reconhecimento de filhos, alimentos, bem de família, tutela, curatela e guarda. Acrescente-se o atual tema das novas famílias.

Uma vez que o legislador avança para tentar acompanhar o âmbito social, a família vem criando uma definição diferente daquela que foi formulada historicamente, podendo ser citado o código civil de 1916 que define a família com um âmbito patriarcal e consagrava a entidade familiar apenas pelo casamento, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 32-33) ao argumentar sobre a evolução do direito de família a respeito da formação da entidade familiar:

O código civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, como foi dito, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificado tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação. Nessa linha, a família socioafetiva vem sendo priorizada em nossa doutrina e jurisprudência.

Não só houve evolução no sentido da relação familiar, mas também a criação de vários tipos de entidade familiar que se definem de diversas maneiras, o que era

entendido como entidade familiar antes da constituição de 1988, a partir desse marco se teve um novo âmbito conceitual, enquadrando outras entidades de família no ordenamento jurídico e garantiu os mesmos direitos, segundo afirma Paulo Lôbo (2012, p. 18), “em todas as situações a Constituição e a legislação infraconstitucional tratam a família, direta ou indiretamente, como peculiar sujeito de direitos (ou deveres) [...]”.

A medida que foi constatando a evolução do direito de família, o legislador, após a constituição de 1988, percebeu que a norma aplicada no código civil de 1916 não era o bastante para definir uma realidade que avançou no âmbito desse direito, o que formulava de início a entidade familiar como formação mediante casamento, foi necessário criar outros meios de formar essa entidade após a constituição federal. “O código civil de 1916 proclamava no art. 229, que o principal efeito do casamento é a criação da família legítima” (GONÇALVES, 2012, p. 28). Ao perceber essa visão ultrapassada a carta magna dava um novo parecer à formação de entidade familiar:

A constituição federal de 1988 absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução do direito de família, a partir de três eixos básicos. Assim o art.226 afirma que a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição[...]. (GONÇALVES, 2012, p. 33).

Já que trouxe diversas mudanças na constituição federal de 1988 em relação ao direito de família, a entidade familiar teve que ser formulada no seu código de origem, no qual o código civil de 1916 já considerado ultrapassado em diversos pontos, percebeu o legislador a necessidade de uma nova legislação infraconstitucional, entrando em vigor o código civil de 2002, trazendo assim a amplitude da entidade familiar. Seguindo a carta magna brasileira é visível os direitos expostos:

Art. 226. A família, base da sociedade tem especialmente proteção do estado[...]. §3ºpara efeito da proteção do estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. §4ºentende-se, também, como entidade familiar comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. §5ºos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL, 1988, on-line).

A CF de 1988 apresenta as relações familiares que formam a entidade e acrescenta uma maior abrangência no conceito familiar, seguindo o entendimento de Maria Berenice, “raras vezes uma constituição consegue produzir tão significativas transformações na sociedade e na própria vida das pessoas como fez a atual constituição federal” (DIAS, 2007, p. 38-39). De modo que a doutrina trouxe vários institutos para

classificar a entidade familiar, tanto que foi reformulada a classificação que é amparada pela constituição, no que se trata a união estável e também a denominada no art.226, §4º, sendo essa classificada pela doutrina de entidade familiar monoparental, ficando, assim, diversos núcleos de entidade familiar a cargo da própria doutrina classificar, podendo atribuir uma característica exemplificativa.

Ao passo que o texto constitucional e o próprio código civil de 2002 inovou na abrangência de entidade familiar, ainda ficou ausente uma relação que também forma família, que foi de certo modo ignorada pelo legislador ao que cabe a entidade familiar homoafetiva, o exemplo disso foi exposto no texto constitucional e também na legislação infraconstitucional, em que o art.1514 do Código Civil assegura, “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal e o juiz os declara casados” (BRASIL, 2002, on-line).

Ainda, não distante na legislação, contempla o Art. 1.723, “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002, on-line). Podendo denominar os avanços importantes na legislação, mas que ainda foi apresentada com pontos ultrapassados.

Portanto a Carta Magna e o Código Civil de 2002, não respaldaram a entidade familiar homoafetiva, deixando nessa época de reconhecer direitos já explícitos que a sociedade necessitava:

Para fins de proteção constitucional, foram consagradas três espécies de entidade familiar: I) família matrimonial, cuja origem é a união formalizada por meio do casamento civil ou religioso (CF, 226, §§1º ao 2º); II) família informal quando a entidade familiar é formada a partir da união estável (CF, art. 226, §3º); e, III) família monoparental, quando formado pelo pai ou pela mãe e seus descendentes (CF, art.226, §4º). No que se refere a família informal, 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 convenção em casamento (CF, art. 226, §3º). A possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo chegou a ser debatida durante a Assembleia Constituinte de 1987/88, tendo prevalecido a versão que restringia essa hipótese apenas para uniões heterossexuais, conforme ficou expresso na redação final do dispositivo. No âmbito infraconstitucional, o legislador ordinário reproduziu a disposição constitucional em relação a este aspecto ao estabelecer, no Código Civil, que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurado no convívio público e duradouro e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. (NOVELINO, 2014, p. 1054-1055).

Assim, o legislador mesmo percebendo a necessidade de avançar em relação a entidade familiar homoafetiva, não prosseguiu com o direito que realmente necessitava para a concretização na seara do direito de família, restringido o reconhecimento dessa entidade familiar, a qual apesar de formada socialmente, não foi protegida pelo estado por diversos anos.

3 REPERCUSSÃO DA ADI 4277 SOBRE O CONCEITO DE FAMÍLIA

As dificuldades que se tinham quando se buscava efetivar a união homoafetiva, fizeram com que as minorias interessadas recorressem a iniciativa do judiciário, sendo proposto a devida ação por essas minorias representadas pela Procuradoria Geral da República e o governo do Rio de Janeiro.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, teve um marco muito importante sobre uma nova entidade familiar que passou a ser formada pelo julgamento que ocorreu no 4 de maio de 2011, na qual foi reconhecida e protegida pelo estado, a ADI 4277 teve, também, o julgamento conjunto com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, em que se discute a equiparação da união estável entre pessoas do mesmo sexo:

Diante das dificuldades em debate o tema na esfera pública, as minorias diretamente interessadas acabaram recorrendo ao poder judiciário como objetivo de serem asseguradas, às uniões homoafetivas, as mesmas regras e consequências jurídicas atribuídas às uniões estáveis. (NOVELINO, 2014, p. 1055).

Criou-se nas últimas décadas, buscando o foco sobre o direito em relação a entidade familiar homoafetiva, a plenitude das orientações sexuais e desde então já formavam a família mesmo não sendo salvaguardada pelo Lei, deu-se a necessidade da busca pelo direito, pois o preconceito era o que prevalecia. Contemplado Barroso (2014, p. 423), pode-se argumentar que “No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradoras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum”.

Ao se ter a entidade familiar homoafetiva como um acontecimento que pode surgir de diversas maneiras, não importa qual seja, o que deve ser definido para tal é o fator de vida que se busca, independentemente da família que será formada, e também independentemente da norma jurídica que venha assegurar. “Deve-se destacar, ademais, que o homossexualismo e as suas afetivas entre pessoas do mesmo sexo que dele decorrem, não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz por se só, de afetar a vida de terceiros” (BARROSO, 2014, p. 424).

Para que a nossa sociedade seja definida como democrática, deve ser aceito qualquer tipo de escolha, tanto o que trata de política como de união afetiva, o Brasil é denominado um País democrático, não tendo algo que venha a restringir uma escolha pessoal, segundo Barroso (2014, p. 424):

[...] no reconhecimento de que o papel do estado e do direito, em uma sociedade democrática, é de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permite que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos. O poder público não pode e nem deve praticar ou chancelar o preconceito e discriminação, cabendo-lhe, ao revés, enfrentá-los com firmeza, promovendo apoio e segurança para os grupos vulneráveis. Às instituições políticas e jurídicas toca a missão de acolher e não rejeitar aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância.

Ao fundamentar o acontecimento social e as possibilidades de conhecimento homoafetivo no núcleo familiar, a ADI teve um fundamento jurídico que apontou todos os direitos que eram violados pelo não conhecimento dessa entidade familiar, segundo Barroso (2014, p. 424-425), a ação foi proposta se acentuando sobre duas teses centrais:

A primeira tese é a de que um conjunto de princípios constitucionais impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável por se tratar de uma espécie em relação ao gênero. A segunda tese é a de que, ainda quando não fosse uma consequência imediata do texto constitucional, a equiparação de regimes jurídicos decorreria de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve-se integrar a ordem jurídica mediante o emprego da analogia.

Buscou-se, tanto nos princípios constitucionais como nos princípios humanos, o amparo para que se conseguisse um respaldo de proteção, vindo a basear em tais como princípio da igualdade, princípio da liberdade, princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da segurança jurídica. Podendo ser definido o tema sobre tudo o que retrata a afinidade, não apenas a mera sexualidade ou interesse econômico, isso é o que define Barroso.

A fundamental importância sobre o princípio da Dignidade da pessoa humana que se deve em relação ao tema, traz como primórdio a abrangência de todos os princípios cabíveis no viés da entidade familiar homoafetiva. Salientando assim os princípios fundamentais da CF/88 que tem como destaque a dignidade da pessoa humana, sendo constatado na carta magna:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. (BRASIL, 1988, on-line).

O princípio da dignidade da pessoa humana abrange o núcleo constitucional de garantias, na qual a sua violação, atinge todo o acervo da constituição, Dias (2007, p. 59) argumenta que:

A dignidade da pessoa humana é o princípio maior, fundante do estado democrático de direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da constituição federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. [...] é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios étnicos.

Ainda, levando em consideração a argumentação de diversos doutrinadores sobre o tema, prossegue o destaque do princípio da dignidade da pessoa humana, os pontos dos diversos princípios têm uma explanação ligada diretamente a dignidade, assim procede com a liberdade e a igualdade. Ao ponto de vista de Paulo Lôbo (2012, p. 60), "A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade".

O princípio, ainda em apreço como pode-se denominar ser o mais relevante em relação ao tema e, levando em consideração a comparação feita por doutrinadores, denominando por Barroso na sua argumentação, define que o não reconhecimento da união homoafetiva gera uma violação de dois núcleos na dignidade humana:

É impossível deixar de reconhecer que a questão aqui tratada envolve uma reflexão acerca da dignidade da pessoa humana. Entre as múltiplas possibilidades de sentido da ideia de dignidade, duas delas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo; e ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igualdade "reconhecimento". (BARROSO, 2014, p. 436-437).

A entidade familiar encontrada no direito de família é definida por Gonçalves como o direito mais humano de todos. Se enquadrar todo o aspecto e histórico e ideológico, esse direito não respaldou a entidade familiar homoafetiva, sendo assim, veio a violar o princípio da dignidade humana, como caracteriza Novelino (2014, p. 362) que o devido princípio é absoluto, ele determina, "a dignidade, em si, não é um direito, mas uma qualidade intrínseca a todo ser humano, independentemente de sua origem, sexo, idade, condições sociais, ou qualquer outro requisito".

A princípio analisado, por sua enorme abrangência em todos os âmbitos do direito, finaliza com a relação do mesmo à entidade familiar homofetiva, Giorges (2002, p. 244) nas palavras define:

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso 3º, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.

Ainda relata sobre o tema a argumentação da Ministra do STF Ellen Gracie que, fazendo parte do julgamento, afirma, "O Supremo restitui [aos homossexuais] o respeito que merecem, reconhece seus direitos, restaura a sua dignidade, afirma a sua identidade e restaura a sua liberdade" (NORTHFLEET, 2011, on-line).

Ao se basear no princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se amparar todos os princípios relacionados ao tema, pois serve como estrutura para o elo entre os princípios constitucionais e a entidade familiar homoafetiva no direito de família.

3.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O direito à igualdade sempre foi uma luta para todas as minorias, havendo a necessidade de se buscar uma proteção jurídica, pois o estado nos primórdios não considerada e não garantia direitos iguais para todos, podendo ser citado por exemplo, a busca pela igualdade racial e igualdade de gênero.

O nosso ordenamento jurídico, principalmente a Carta Magna, é o maior exemplo que se pode dar ao direito à igualdade, o respaldo à igualdade é garantido como um direito fundamental de destaque, desde o caput do art. 5º e posteriores incisos que decorrem dos direitos fundamentais, dando ensejo ao princípio da igualdade:

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, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. [...]. (BRASIL, 1988).

Ao relacionar o direito à igualdade com a formação da entidade familiar homoafetiva, pode-se perceber que mesmo sem o regulamento legal, qualquer restrição se tornaria inconstitucional, violando assim um direito fundamental, indo adiante deve-se perceber que o direito à igualdade é dividido em duas vertentes, I) igual

formal, II) igualdade material. Percebe-se que as minorias necessitam de igualdade não igual a todos, mas uma igualdade restrita, como denomina Rui Barbosa: “tratar a iguais com desigualdade ou desiguais com igualdade, não é real, mas flagrante desigualdade”. A doutrina ao tratar do direito a igualdade no direito de família, argumenta que, “Em respeito ao princípio da igualdade é livre a decisão do casal sobre o planejamento familiar” (DIAS, 2007, p. 62).

O princípio da igualdade por sua imensa importância foi um dos argumentos dados pelo Ministro do STF Celso de Mello (2011, on-line) na votação da AD), “É arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, exclua, discrimine ou fomente a intolerância, estimule o desrespeito e a desigualdade e as pessoas em razão de sua orientação sexual”.

Ao concluir o princípio da igualdade na relação homoafetiva vale apresentar as palavras de Boaventura, afirmando que, “As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza” (SANTOS, 2001, p. 38). Abordando os princípios que amparam o direito de família quando retrata sobre a entidade familiar, não distante há o princípio da liberdade que vincula todo o conceito da opção dessa modalidade de família.

3.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Não distante, abordando os princípios que amparam o direito de família quando retrata sobre a entidade familiar, há o princípio da liberdade que vincula todo o conceito da opção dessa modalidade de família. Já sendo abordada, a democracia que o Brasil apresenta como regime de direito, não haveria sustentação sem o direito à liberdade.

A constituição federal de 1988, garante uma liberdade ampla, na qual se pode entender como a livre escolha para formar uma entidade família nos moldes que se achar necessário, esse projeto de vida a ser formado, apenas tendo como requisito a licitude da lei, essa licitude em nenhum momento é apresentada na carta magna como proibição da formação da família homoafetiva, é o que garante o artigo 5º,:

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, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei[...]. (BRASIL, 1988, on-line).

O elo do princípio à liberdade e perceptível com outros direitos assegurados pela constituição, havendo essa ligação entre a autonomia privada e a intimidade de cada indivíduo, é o que conta também Paulo Lôbo (2012, p. 70), “Tendo a família se

desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral”.

O princípio da liberdade devidamente citado no julgamento da (ADI) por diversos ministros do STF, mas fazendo uso das palavras do relator na sua oralidade, vale destacar que Ayres Britto argumenta, “A Constituição não obrigou nem proibiu o uso da sexualidade. Assim, é um direito subjetivo da pessoa humana, se perfilha ao lado das clássicas liberdades individuais” (BRITTO, 2011, on-line).

Como breve síntese do princípio da liberdade segue as palavras de Barroso que ressalta tal princípio em suas argumentações concretas:

Do princípio da liberdade decorre a autonomia privada de casa um. Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos significa privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência. Tal como assinalado, a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável não daria causa, simplesmente, a uma lacuna, a um espaço não regulado pelo direito. Esta seria, na verdade, uma forma comissiva de embarçar o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos. Isto é: fazendo com que sejam menos livres para viver as suas escolhas. (BARROSO, 2014, p. 434-435).

De sorte ao uso de princípios que a própria constituição de 1988 designa, fez com que o indivíduo possa escolher a sua devida opção de formar sua entidade familiar, foi também o que se teve como resultado da ADI 4277 que concretizou esse direito familiar homoafetivo, consignando, assim, a decisão que foi tomada pelo plenário que o ministro relator Ayres Britto relatou:

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, 2011, p. 1-2).

Portanto, fica reconhecida a entidade familiar homoafetiva, nesse sentido são aplicados direitos que se destinam as outras entidades familiares já amparadas na constituição de 1988 e no código civil de 2002.

4 A ENTIDADE FAMILIAR NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A legislação brasileira, ao se tratar do direito de família na constituição Federal de 1988, bem como no código civil de 2002, ambos trazem de forma explícita a entidade familiar, denominada pela doutrina como contemporânea. Paulo Lôbo (2012, p. 21) em um tópico doutrinário próprio, definem as atuais entidades como: “perfil da família contemporânea”.

Ainda que determine a legislação, há outras formas implícitas de entidades de família no âmbito social brasileiro, sendo necessária a regulamentação perante o poder judiciário, que pode ter como exemplo a entidade familiar homofetiva que foi resguardada pela ADI 4277.

Ao se tratar do direito de família e as entidades familiares explícitas na Constituição federal, podem ser destacadas: o casamento, a união estável e a família monoparental:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuito a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º 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. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 1988, on-line).

As formas implícitas de entidade familiar se encontram no meio social e não na Carta Magna, mas a doutrina e jurisprudência dão as suas devidas importâncias e abrangem o tema no direito de família, a afetividade é um elo que dá um maior favorecimento.

Como podem ser classificadas: família homoafetiva, família anaparental, família reconstituída ou recomposta e a família unipessoal. Afirmando assim Silvio Baptista (2014, p. 24) “[...] A doutrina e a jurisprudência vêm aumentando o rol das modalidades de família, já sendo aceitas por alguns juristas outras formas, tais como a homoafetiva, a anaparental [...]”.

De todas as entidades familiares formadas e não mais importante do que as outras, a entidade familiar homoafetiva é o núcleo do tema, dando o destaque maior para os direitos adquiridos a partir da sua formação. Destaca-se, também, que após o julgamento da ADI 4277 que reconheceu a igualdade, liberdade e a dignidade da pessoa humana, muitos juízes ainda tomavam a decisão do STF apenas para reconhecer a união estável e não amparavam o casamento, o exemplo em destaque foi o que aconteceu em Goiânia no ano de 2012 após a decisão da juíza Sirlei Martins da Costa (LEX MAGISTER, 2019), titular da 1ª Vara de Família e Sucessões:

Verifica-se que todas as formas de família têm especial proteção do Estado, sendo o casamento (família matrimonial) apenas uma das diversas formas de constituição de entidade familiar, ao lado da união estável, família monoparental, anaparental e união homoafetiva. Portanto, a legislação civil não permite chegar à conclusão de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo seja permitido no Brasil, pois não se pode confundir as diversas formas de constituição familiar (On line).

Segue a resolução nº175/2013, sendo necessário outro avanço ainda tomado pelo poder judiciário, podendo ser amparado pela resolução nº175, de 14 de maio de 2013, na qual se tem a conclusão que a decisão tomada não era aplicável apenas para o reconhecimento da união estável, pois o casamento se tornou um direito amparado para os casais homoafetivos, dispondo essa resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre a celebração de casamento civil, habilitação ou convenção de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo:

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo no 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013; CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas

de mesmo sexo; CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário; CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo; CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988; RESOLVE: 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. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2013, on-line).

Desde então, passando a ser obrigatório o reconhecimento da entidade familiar homoafetiva, tanto na união estável como no casamento, o Poder Judiciário tomou diversas decisões que concretizaram o direito que sempre se buscou.

Independentemente da opção sexual, as pessoas ao fazerem a escolha de formar uma entidade familiar, por qualquer convicção que seja, como: razões próprias, por amor ou qualquer meio que busca a felicidade e a realização, nenhum ordenamento jurídico poderá deixar de amparar e regulamentar esses laços afetivos, pois a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e a democracia são ferramentas essenciais para um país justo.

5 CONCLUSÃO

A análise deste artigo teve como finalidade abordar as entidades de família que a Constituição Federal, o Código Civil e a Jurisprudência asseguram para o cumprimento dos direitos como a liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Sendo o tema principal a formação da entidade familiar homoafetiva, trazendo assim a importância do Julgamento que o Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277, na qual foi reconhecida a união estável homoafetiva e posteriormente a resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº175 que regulou a permissão do casamento homoafetivo.

Ainda como base nas argumentações de Roberto Gonçalves, quando compara as uniões homoafetivas com as heteroafetivas: "Assim sendo, as famílias formadas por pessoas homoafetivas não são menos dignas de proteção do Estado se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos" (GONÇALVES, 2017, p. 31).

Se fez necessária a análise de princípios fundamentais e direitos fundamentais expostos na constituição, ao passo que a análise da jurisprudência teve uma enorme influência na formação do tema. Além da relevância para sociedade, é um assunto ainda que se tem discursões a ele relacionadas.

Portanto, ao englobar a legislação brasileira em decorrência dos avanços que teve a sociedade, a união homoafetiva por meio do seu reconhecimento só demonstrou a concretização de vários preceitos da constituição federal de 2018. Por muitas vezes ainda se tem o preconceito que sempre tenta se impor acima de direitos, mas a busca por estes sempre anulará aqueles. E por meio da legislação que se concretiza direitos.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Silvio Neves. **Manual de direito de família**. 3. ed. Recife: Bagaço, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisprudência constitucional no Brasil. 3ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [S.I.]: Brasília, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 out. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.406/02**, de janeiro de 2002. [S.I.]: Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 17 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4277**, plenário, Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 13 nov. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº175**, Brasília, 14 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>. Acesso em: 15 nov. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. **Revista da Ajuris**, n. 88, tomo 1. Porto Alegre, dezembro de 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6**: direito de família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6**: direito de famílias. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JURÍDICO, Âmbito. **Juíza nega pedido para casamento homoafetivo**. Goiânia, julho de 2012. Disponível em http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=20&id_noticia=86194. Acesso em: 15 nov. 2018.

LEX MAGISTER. Juíza nega pedido para casamento homoafetivo por questão legislativa. **In: notícia**, 2019. Disponível em [<http://www.lex.com.br/>], Acesso em 09 de junho de 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIGALHAS. Direitos homoafetivos. **STF reconhece união homoafetiva**. Brasília, maio de 2011. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI132610,11049-STF+reconhece+uniao+homoafetiva>. Acesso em: 8 nov. 2018.

MIGALHAS. **Ministro Ayres Brito vota pela equiparação da união homoafetiva estável à entidade familiar**. Brasília, maio de 2011. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI132491,61044-Ministro+Ayres+Britto+vota+pela+equiparacao+da+uniao+homoafetiva>. Acesso em: 12 nov. 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **As tensões da modernidade**. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre: Biblioteca das Alternativas, 2001. Disponível em: http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1325792284_As%20tens%C3%B5es%20da%20Modernidade%20-%20Boaventura%20de%20Souza%20Santos.pdf. Acesso em: 8 nov. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, volume 6**: Direito de Família. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Data do recebimento: 21 de agosto de 2018

Data da avaliação: 25 de janeiro de 2019

Data de aceite: 25 de janeiro de 2019

1 Acadêmico do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Tiradentes – UNIT.

E-mail: romiclebison@gmail.com

2 Pós-doutorado na The New School of Social Research – NY (bolsista CAPES); Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2012), Estágio de Doutorado realizado na Universidade de Paris (Bolsista PDEE/CAPES); Professora da Universidade de Pernambuco – UPE e do programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Damas (PPGD-ARIC-FADIC), Coordenadora do Coletivo Direitos em Movimento – DIMO (Projeto de Extensão – UPE). E-mail: cl_cunha@hotmail.com