

O STJ e a união homoafetiva: da “sociedade de fato” à família conjugal

Iotti Vecchiatti, Paulo Roberto

O STJ e a união homoafetiva: da “sociedade de fato” à família conjugal
Revista de Direito da Faculdade Guanambi, vol. 7, núm. 1, 2020
Centro Universitário FG, Brasil
Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=608064053004>
DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v7i01.294>



Este trabalho está sob uma Licença Internacional Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhamento Pela Mesma Licença.

O STJ e a união homoafetiva: da “sociedade de fato” à família conjugal

The STJ and the same-sex marriage: from “de facto society” to the conjugal family

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti 1
Universidade Santa Cecília (UNISANTA), Brasil
paulo.riv77@gmail.com

 <http://orcid.org/0000-0002-1982-868X>
 <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=1407051640478106>

DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v7i01.294>
Redalyc: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=608064053004>

Recepção: 17/06/2020
Revised: 23/06/2020
Revised document received: 24/06/2020
Aprovação: 24/06/2020
Publicado: 11/07/2020

RESUMO:

A luta judicial dos casais homoafetivos para terem suas uniões afetivas reconhecidas como famílias conjugais perpassou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Em um entendimento inicial, de 1998, o STJ afirmou que a união entre pessoas do mesmo gênero deveria ser enquadrada como “sociedade de fato”, com comprovação da contribuição para a formação do patrimônio comum para possibilitar a divisão deste. Em 2008, tivemos o primeiro julgado que reconheceu o cabimento da analogia para se reconhecer a união homoafetiva como união estável legalmente e constitucionalmente protegida. Outros precedentes reforçaram esse entendimento, até que se consolidou no Tribunal o direito de casais homoafetivos acessarem os regimes jurídicos da união estável e do casamento civil, além da adoção conjunta de crianças e adolescentes. O método utilizado para o presente artigo foi o de revisão de jurisprudência, concluindo-se que o STJ superou uma visão heterossexualista de família, que só vê dignidade (ou vê maior dignidade) da união heteroafetiva, para uma visão efetivamente democrática e pluralista, coerente com o princípio constitucional da pluralidade de entidades familiares, fazendo jus ao nome de *Tribunal da Cidadania*.

PALAVRAS-CHAVE: Homoafetividade, União estável, Casamento, Adoção.

ABSTRACT:

The judicial struggle of homoaffectionate couples to have their affective unions recognized as conjugal families permeated the jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ). In an initial understanding, of 1998, STJ stated that the union between people of the same gender should be framed as a “de facto society”, presenting proofs of the contribution to the formation of the common heritage to enable its division. In 2008, we had the first court that recognized the appropriateness of the analogy for recognizing the homoaffectionate union as a legally and constitutionally protected stable union. Other precedents reinforced this understanding, until the right of same-sex couples to access the legal systems of stable union and civil marriage was consolidated in the Court, in addition to the joint adoption of children and adolescents. The method used for the present article was that of reviewing jurisprudence, concluding that the STJ overcame a heterosexist view of the family, which only sees dignity (or sees greater dignity) of hetero-affectionate union, for an effectively democratic and pluralist, coherent view with the constitutional principle of the plurality of family entities, living up to the name of the Citizenship Court.

KEYWORDS: Homoaffectionality, Stable union, Marriage, Adoption.

AUTOR NOTES

1 Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Pós-graduado lato sensu em Direito Constitucional pela PUC/SP. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do GADvs – Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero. Advogado e Professor universitário. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1407051640478106>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1982-868X>.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. A LUTA PELO RECONHECIMENTO DO STATUS JURÍDICO-FAMILIAR DA SOCIEDADE DE AFETO ENTRE CASAIS HOMOAFETIVOS; 1 A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO GÊNERO: DA SOCIEDADE DE FATO À SOCIEDADE DE AFETO FORMADORA DE ENTIDADE FAMILIAR LEGALMENTE PROTEGIDA; 1.1A histórica decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 132/ADI 4277 e sua influência decisiva na consolidação do tema no Superior Tribunal de Justiça; 1.2 O reconhecimento do direito ao casamento civil homoafetivo pelo STJ e o CNJ. Coerência com precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; 1.3 O direito à adoção conjunta por casais homoafetivos. Coerência com precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

SUMMARY

INTRODUCTION. THE STRUGGLE FOR THE RECOGNITION OF THE FAMILY LAW STATUS OF THE SOCIETY OF AFFECTION BETWEEN HOMOAFFECTIVE COUPLES; 1 THE EVOLUTION OF STJ's JURISPRUDENCE ON SAME-SEX MARRIAGE AND STABLE UNION: FROM THE "DE FACTO SOCIETY" TO THE "SOCIETY OF AFFECTION" THAT GENERATES A LEGALLY PROTECTED FAMILY ENTITY; 1.1 The historic decision of the Federal Supreme Court in ADPF 132/ADI 4277 and its decisive influence in the consolidation of the subject in the Superior Court of Justice; 1.2 The recognition of the right to same-sex civil marriage by the STJ and the CNJ. Consistency with precedent of the Inter-American Court of Human Rights; 1.3 The right to joint adoption by same-sex couples. Consistency with precedent of the Inter-American Court of Human Rights; FINAL CONSIDERATIONS; REFERENCES.

INTRODUÇÃO. A LUTA PELO RECONHECIMENTO DO STATUS JURÍDICO-FAMILIAR DA SOCIEDADE DE AFETO ENTRE CASAIS HOMOAFETIVOS.

O reconhecimento da união entre pessoas do mesmo gênero como família conjugal é uma demanda mundial do Movimento Homossexual em particular e do Movimento LGBTI+ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Intersexos e demais minorias sexuais e de gênero) em geral.

Visa-se superar o preconceito, ainda persistente, de se achar que pessoas do mesmo gênero não teriam entre si o sublime sentimento de amor e desejo de construção de uma vida em comum que se entende inerente às uniões entre pessoas de gêneros opostos. Não por outra razão, Maria Berenice Dias consagrou o termo homoafetividade e a expressão união homoafetiva, para demonstrar que o vínculo imanente à união entre pessoas do mesmo gênero pauta-se no mesmo sentimento de afeto (conjugal) que faz com que pessoas de gêneros opostos também procurem uma união conjugal (DIAS, 2016, p. 51). Até porque a clássica doutrina da autora bem explica que o elemento definidor da família contemporânea, que diferencia uma família conjugal de uma união pública, contínua e duradoura não-familiar é, precisamente, o afeto, permitindo a formação de um LAR – Lugar de Afeto e Respeito (DIAS, 2005, p. 16, 40-41). Não que o “afeto isoladamente considerado” seja o elemento formador da família (algo nunca defendido pela Autora), mas uma união afetiva marcada pelos traços da publicidade, continuidade e durabilidade (art. 1.723 do Código Civil) em uma comunhão plena de vida e interesses (art. 1.511 do Código Civil).

Em belo insight crítico, Maria Berenice Dias sempre apontou o descabimento de classificar a união entre pessoas do mesmo gênero como uma “sociedade de fato”, da mesma forma que o era assim classificar a união

não-matrimonializada entre homem e mulher, na medida em que, em ambos os casos, temos uma comunhão plena de vida, marcada pelo afeto – logo, uma sociedade de afeto (apud VECCHIATTI, 2019, p. 400-401).

Na lição da autora, por força constitucional, as uniões heteroafetivas não matrimonializadas “foram reconhecidas como sociedades de afeto. Já as uniões homoafetivas, pela absoluta omissão do legislador, na maioria das vezes, ainda [eram] reconhecidas como meras sociedades de fato. A depender da identidade ou diversidade sexual dos parceiros, diferenciada [era] a tutela jurisdicional que lhes [era] outorgada. [...] Mesmo comprovada a convivência familiar duradoura, pública e contínua, na imensa maioria das vezes, [era] reconhecida somente a existência de uma sociedade de fato, sob o fundamento de ser impertinente qualquer indagação sobre a vida íntima de um e de outro” (DIAS, 2009, p. 138; DIAS, 2016, p. 168).

Ou seja, “mesmo sendo idênticas tanto a postura dos conviventes como a natureza do vínculo afetivo, receb[iam] tratamento desigualitário”, uma vez que, à união heteroafetiva, deferiam-se alimentos, partilha de bens, entrega de herança e direito real de habitação/usufruto, mas era reconhecida mera *sociedade de fato* obrigatorial, sem nenhum destes direitos, no caso das uniões homoafetivas (DIAS, 2001, p. 138; DIAS, 2006, p. 89; DIAS, 2012, p. 116). De sorte que “nitidamente preconceituosa a analogia que [era] feita [com as sociedades de fato, ainda mais apenas para as uniões homoafetivas]”, pois, com isso, “nega-se a origem do vínculo, que é um elo de afetividade, e não uma obrigação de bens e serviços de para o exercício de atividade econômica. A consequência [era] desastrosa. Chamar as uniões de pessoas do mesmo sexo de sociedade de fato, e não de união estável, leva[va] sua inserção no Direito Obrigatorial, com consequente alijamento do manto protetivo do Direito das Famílias, o que, via de consequência, enseja[va] o afastamento também do Direito Sucessório” (DIAS, 2004, p. 89).

Isso foi assim até os dias 04 e 05 de maio de 2011, quando o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu a união homoafetiva como união estável, em “Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva” (STF, ADPF 132/ADI 4277), acabando com a hipocrisia jurisprudencial bem denunciada pela autora, que bem aponta que, com essa mudança, imposta pelo STF, “reconhecendo as uniões homoafetivas como uniões estáveis, passou a ser imposto o regime da comunhão parcial de bens, sem qualquer indagação sobre a colaboração efetiva de cada convivente para a sua aquisição” (DIAS, 2016, p. 168).

Afinal, essa colaboração é legalmente presumida para as entidades familiares, o que, felizmente, dado o *efeito vinculante* e a *eficácia erga omnes* das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (CF, art. 102, §2º), passou a ser aplicado de maneira incontestável para as uniões homoafetivas (VECCHIATTI, 2019, p. 401).

Por isso, justifica-se o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, por interpretação extensiva ou analogia, tendo em vista que, especialmente porque superou-se o modelo hierárquico-patriarcal de família conjugal pelo modelo eudemonista, a saber, o que existe enquanto trouxer felicidade e autorrealização individual a todos os seus integrantes (portanto, sem a opressão de um de seus integrantes pelo outro, como ocorria quando o homem-marido era tido como “chefe da sociedade conjugal” heteroafetiva, conforme estabelecia o art. 233 do Código Civil de 1916). Bem como porque a capacidade procriativa nunca foi requisito para se reconhecer uma união afetivo-sexual como família, tendo em vista a ausência de proibição a casais heteroafetivos estéreis (que não a possuem) se casar (tanto que sempre foi basilar no Direito das Famílias que a incapacidade “generandi”, de procriar, não é causa de anulação de casamento, somente a incapacidade “coeundi”, ao ato sexual, quando desconhecida antes do casamento).

Portanto, entende-se que a família contemporânea se forma pelo amor familiar, consubstanciado na união afetiva pautada em comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, e não pela diversidade de gêneros (VECCHIATTI, 2019, p. 301-302, 577). Pois, consoante clássica lição, pautada em pesquisa realizada pelo IBGE (PNAD), a família de fato se pauta em uma união pautada pela afetividade, ostensibilidade, publicidade e durabilidade (LOBO, 2008, p. 56-58), nas quais há uma estruturação psíquica que faz as pessoas se identificarem reciprocamente como uma família (PEREIRA, 2005,

p. 192-195). Compreensão esta positivada pela Lei Maria da Penha, cujo artigo 5º, III, afirma que considera-se como família a união de pessoas que se consideram aparentadas por um ato de vontade, algo que o parágrafo único afirma ser independente da orientação sexual das pessoas (e, acrescente-se, por igualdade de razões, também de sua identidade de gênero).

Lembre-se, por oportuno, que consoante os Princípios de Yogyakarta (CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS, 2008), que versam sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de gênero:

- 1) Compreendemos orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.
- 2) Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.

Com essas considerações sobre a afetividade no Direito das Famílias, ao contrário do que certa crítica quer fazer crer, não se pretende “vincular direitos humanos a afeto” (sic), visto que o direito humano é fundamental à liberdade sexual é, obviamente, mais amplo que o direito do reconhecimento de sua união como uma família conjugal. Contudo, em termos de Direito das Famílias, é fato notório que o que move as pessoas a desenvolverem uma comunhão plena de vida e interesses (art. 1.511 do Código Civil), de forma pública, contínua e duradoura, com o intuito de constituir família (art. 1.723 do Código Civil) é o amor (o afeto conjugal), sendo que foi no contexto de pedidos de casais do mesmo gênero para terem suas famílias reconhecidas que o termo foi cunhado e consagrado (VECCHIATTI, 2019c, p. 117-126; VECCHIATTI, 2019a).

Dessa forma, considerando que a interpretação teleológica dos dispositivos legais e constitucionais de regência denotam que visam proteger a família conjugal e considerando que não há nenhuma “diferença ontológica” entre as uniões heteroafetiva e homoafetiva quando públicas, contínuas, duradouras e com intuito de constituir família, inequívoco o cabimento de interpretação extensiva (situações idênticas) ou analogia (idênticas no essencial) para estender os regimes jurídicos da união estável e do casamento civil a casais homoafetivos (VECCHIATTI, 2019, p. 370-381).

Até porque o Direito Privado é regido pela famosa máxima de Kelsen, positivada no art. 5º, II, da Constituição Federal, pela qual tudo aquilo que não é expressamente proibido, tem-se por permitido (KELSEN, 2007, p. 270), fundamento, aliás, pelo qual foi conhecido e provido o recurso especial que gerou a histórica decisão, do STJ, que reconheceu o direito de casais homoafetivos acessarem diretamente o casamento civil, sem conversão de prévia união estável, por violação do caráter taxativo do rol de impedimentos matrimoniais previsto no art. 1.521 do Código Civil (STJ, REsp 1.183.378/RS, 04ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 20 e 25.10.2011, DJe de 01.02.2012). Isso não obstante a riquíssima fundamentação constitucional apresentada pelo Ministro Relator, sobre a não-recepção constitucional do conceito tradicional de casamento, enquanto heterossexista e hierárquico-patriarcal, à luz do princípio constitucional da pluralidade de entidades familiares (tema ao qual se voltará adiante, ao se explicar a evolução jurisprudencial do STJ sobre a união homoafetiva).

Logo, absolutamente descabida a afirmação de que o fato de a legislação citar a expressão ‘entre o homem e a mulher’ ou ‘marido e mulher’ implicaria ‘proibição implícita’ ao casamento civil ou à união estável entre pessoas do mesmo gênero, na medida em que isto significa meramente a regulamentação do fato heteroafetivo (a união entre pessoas de gêneros opostos) como casamento civil e união estável, sem, todavia, que isso signifique ‘proibição implícita’ ao fato homoafetivo (a união entre pessoas do mesmo gênero) como casamento civil e união estável, como demonstrado pormenoradamente no capítulo 6, itens 3 e 6 – pois, como bem afirmado pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, o fato de a legislação ter reconhecido a união entre o homem e a mulher não significa o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo gênero. (VECCHIATTI, 2019, p. 205-206)

Provavelmente pelo forte preconceito social e a perseguição estatal movida contra homossexuais em particular e pessoas LGBTI+ em geral, agravada no período da Ditadura Civil-Militar que assolou o país até a redemocratização (GREEN; QUINALHA, 2017), que teve como marco nossa Constituição Federal de 1988, somente no fim do século XX casais do mesmo gênero passaram a pleitear judicialmente o reconhecimento de sua união afetiva como família conjugal. Discussão esta que teve marco paradigmático em famosa decisão do Superior Tribunal de Justiça, de 1998, que marcou o início da discussão jurisprudencial do tema no Tribunal da Cidadania.

O tema estava se consolidando no STJ de forma autônoma, mas diversos recursos especiais estavam sendo julgados conjuntamente precisamente no período em que o Supremo Tribunal Federal proferiu seu histórico julgamento, nos dias 04 e 05 de maio de 2011, em que reconheceu a união duradoura, pública e contínua entre pessoas do mesmo gênero como família, em “Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva” (STF, ADPF 132/ADI 4277, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, j. 04 e 05 de maio de 2011, DJe de 05.10.2011). Isso fez cessarem as resistências de alguns Ministros à tese do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, pacificando o tema no STJ e nos Tribunais país afora, relativamente ao cabimento de analogia à regulamentação constitucional e legal sobre a união estável para abarcar as uniões homoafetivas. Os fundamentos da decisão serão explicados adiante.

Uma explicação importante. O STF se referiu à união “contínua, pública e duradoura” entre pessoas do mesmo gênero não por adotar um “incorporacionismo familista” ou uma “vinculação de direitos humanos a afeto”, menosprezando um direito mais amplo à sexualidade fora de uniões conjugais, como alguns equivocadamente interpretam. No Direito Processual, o Judiciário fica vinculado aos pedidos, e as ações pediram o reconhecimento da união estável a casais homoafetivos – e a lei define a união estável como a “união pública, contínua e duradoura, com o intuito de constituir família” (art. 1.723 do Código Civil). Por isso a decisão se focou no Direito das Famílias e não a um direito mais amplo à sexualidade em geral – não obstante o Relator, Ministro Ayres Britto, tenha sido expresso ao afirmar que as pessoas têm um soberano direito de exercer sua sexualidade da forma que bem entendam, exceto nos casos em que a usem para oprimir a sexualidade alheia, como nos casos do estupro e da pedofilia, bem exemplificou. Logo, a crítica improcede e desconsidera esse aspecto basilar do Direito Processual, a vinculação do Judiciário ao pedido efetivamente formulado. (VECCHIATTI, 2019-A).

Note-se, por relevante, que a decisão do STF aplicou interpretação conforme a Constituição para reconhecer que o artigo 1.723 do Código Civil, que regula a união estável, não pode ser interpretado de maneira a excluir a união duradoura, pública e contínua entre pessoas do mesmo gênero de sua incidência, por entender que o artigo 226, §3º, da Constituição Federal igualmente não pode ser interpretado dessa maneira. Embora não se trate de norma de mera repetição, visto a diferença quantitativa (de palavras) e qualitativa (de conteúdos) entre os dois textos normativos em questão, de sorte que descabe a crítica de suposto não-cabimento da técnica da interpretação conforme no caso à luz de teoria tradicional, é preciso criticar até mesmo esta última, ao menos em um sentido. Com efeito, é evidente que a técnica da interpretação conforme a Constituição, enquanto método de controle de constitucionalidade, supõe não só a interpretação da lei infraconstitucional, mas também de determinado dispositivo constitucional (ou norma constitucional implícita), precisamente para se saber se a lei é constitucional, desde que interpretada de determinada maneira (que é o que a técnica da interpretação conforme faz). Então, ainda que equivocadamente se entenda que o art. 1.723 do Código Civil seria uma norma de “mera repetição” do art. 226, §3º, da Constituição Federal (e não é, cf. supra), mesmo assim deve se entender como cabível a técnica da interpretação conforme para se dizer que o referido dispositivo legal deve ser interpretado à luz do dispositivo constitucional que visa regulamentar.

Assim, se a expressão “entre o homem e a mulher”, constante do dispositivo constitucional regulamentado (art. 226, §3º, da Constituição), não pode ser interpretada como proibindo o reconhecimento da união homoafetiva como união estável à luz de sua interpretação sistemático-teleológica com o restante do texto constitucional (efetivada pelo STF no citado julgamento), então a expressão “entre o homem e a mulher” constante do dispositivo legal regulamentador (o art. 1.723 do Código Civil) também não pode ser

interpretada de tal forma proibitiva (VECCHIATTI, 2019, p. 554-556). Portanto, inconteste a correção do uso da técnica da interpretação conforme a Constituição neste caso.

Passa-se, assim, a explicar o tema, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embora com breve pincelada inicial precedentes dos Tribunais de Justiça. Adota-se, aqui, o método de revisão jurisprudencial, descrevendo-se e analisando-se os principais fundamentos (*as ratione decidendi*) dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça acerca da união homoafetiva, visando comprovar a hipótese da evolução jurisprudencial do mesmo neste tema, em prol de uma compreensão não-heteronormativa e, assim, não-discriminatória de família.

1 A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO GÊNERO: DA SOCIEDADE DE FATO À SOCIEDADE DE AFETO FORMADORA DE ENTIDADE FAMILIAR LEGALMENTE PROTEGIDA

Pode-se sintetizar a evolução da jurisprudência do STJ sobre o tema da união homoafetiva da seguinte forma evolutiva, que também abarcou o casamento civil e a adoção conjunta juntamente com seu atual entendimento sobre o caráter jurídico-familiar das uniões homoafetivas:

Em seus primeiros julgados sobre o tema, o STJ enquadrou a união homoafetiva como uma mera “sociedade de fato” e não como união estável, muito embora não tenha se dignado a explicar qual seria a “diferença” entre a união heteroafetiva e a união homoafetiva de sorte a “justificar” a discriminação desta relativamente àquela consubstanciada na negativa do regime jurídico da união estável a ela (homoafetiva). Tal postura começou a mudar com julgado do ano de 2008, que reconheceu o cabimento da analogia para reconhecimento da união estável homoafetiva, e a viragem da jurisprudência do STJ ocorreu em definitivo no ano de 2011, com diversos julgados que consolidaram esse entendimento. (VECCHIATTI, 2019, p. 597)

Marco histórico sobre o tema foi a decisão proferida no ano de 1998, no REsp 148.897/MG (04ª Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 06.04.1998), no qual o STJ, pela primeira vez, afirmou que a união entre pessoas do mesmo gênero poderia ser enquadrada como “sociedade de fato”, aplicando-se a famosa Súmula 380 do STF para fins de comprovação de contribuição para formação do patrimônio comum como requisito para a divisão, sob pena de enriquecimento ilícito.

Foi uma decisão importante, pois o forte moralismo homofóbico poderia acabar impedindo até mesmo a aplicação desse regime jurídico a casais homoafetivos – no passado, até mesmo o registro de entidades de defesa dos direitos de homossexuais já chegou a ser indeferido, por suposta afronta “à moral e aos bons costumes” (sic). Por tal resistência, o GGB – Grupo Gay da Bahia fez a campanha “é legal ser homossexual”, quando conseguiu seu registro enquanto pessoa jurídica (SIMÓES; FACCHINI, 2009).

Contudo, referido precedente não teve a repercussão divulgada, de reconhecer direito de “herança” a casais homoafetivos, tendo em vista que os votos expressamente subsumiram o tema ao Direito das Obrigações, não ao Direito das Famílias. Nem se diga que isso se deu por ter sido proposta uma ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, pois quando isso se dá entre casais heteroafetivos, o STJ os reconhece como família. Embora se mostrando preocupado em não discriminhar casais do mesmo gênero, chega a ser chocante uma fala específica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, quando disse que da união entre duas pessoas do mesmo gênero não poderia haver nada além de uma amizade – algo incompreensível, tendo em vista ser um processo movido após o fim de uma união afetivo-sexual entre pessoas do mesmo gênero.

Tal serve de exemplo do heterossexismo estrutural que assola a sociedade no âmbito das famílias – no sentido de uma não-intencional discriminação decorrente de padrões sociais, como a doutrina do Direito Antidiscriminatório bem explica (MOREIRA, 2017-B, 136-138). Algo que tem como efeito a consagração de uma discriminatória heteronormatividade no Direito das Famílias, ao exigir uma “heterossexualidade compulsória” da união afetivo-sexual em questão para que a mesma fosse reconhecida como família. Algo, aliás, muito bem rechaçado, em 2011, no voto do Min. Marco Aurélio, do STF, no julgamento da ADPF

132/ADI 4277, no sentido de que viola o núcleo de certeza negativa do princípio da dignidade da pessoa humana o não-reconhecimento da união homoafetiva como família, visto que isso coisifica/objetifica as pessoas a um ideal heteronormativo de sociedade para que tenham suas uniões afetivo-sexuais reconhecidas como famílias – de sorte que a célebre fórmula-objeto, de matriz kantiana, que proíbe a instrumentação de pessoas humanas para a consecução de outros fins, justifica o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Com efeito, segundo o Min. Marco Aurélio no citado julgamento: “Ninguém pode ser funcionalizado, instrumentalizado, com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio, ainda mais quando fundado na visão coletiva preconceituosa ou em leitura de textos religiosos”.

A segunda decisão do STJ sobre o tema foi proferida no REsp 323.370/RS (04ª Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 14.03.2005), que reformou decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) que havia reconhecido a competência das varas de famílias para julgar litígios sobre o fim das uniões homoafetivas. O inovador precedente gaúcho atestou que por serem relações pautadas no afeto, à semelhança das heteroafetivas, as uniões homoafetivas deveriam ser analisadas nas varas especializadas. O STJ discordou desta fundamentação, afirmando-se que a lei seria “clara” (sic) ao dispor que a união estável somente pode existir quando formada “entre o homem e a mulher”, negando assim que haveria “lacuna” na legislação que poderia ser preenchida pela analogia.

Referida decisão merece críticas, tendo em vista que o pressuposto lógico da analogia é o fato de a lei se limitar a regulamentar determinado fato (como o heteroafetivo), sem nada dispor sobre o outro (no caso, o homoafetivo), ao mesmo tempo em que não proíbe este último ou usa expressões restritivas como “apenas”, “somente” ou afins. Lembre-se que exemplo clássico de analogia no Direito Civil é o que se refere ao Decreto Federal 2.681/1912, que regulamentava a responsabilidade civil em transportes ferroviários, aplicado analogicamente para outras modalidades de transporte pela jurisprudência.^[2] Se usássemos a lógica do referido julgamento do STJ, isso seria “impossível”, pela lei ser “clara” ao se referir ao transporte “ferroviário” e nenhum outro. Trata-se, portanto, de um equívoco incompreensível, ao menos à luz da interpretação objetiva (pela qual “a lei é mais sábia que o legislador”, não tendo dito precedente invocado nenhuma suposta “vontade do legislador” em sua fundamentação), pois o conceito de lacuna normativa é, precisamente, o de que uma lei se limita a regulamentar um fato e nada dispor sobre o outro, que é precisamente o caso dos textos normativos que regulamentam a união heteroafetiva (“entre o homem e a mulher”) sem nada dispor sobre a união homoafetiva.

A terceira decisão do STJ sobre a união homoafetiva foi o REsp 502.995/RN (04ª Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 16.05.2005), pela qual, à luz da doutrina de Rainer Czakkowski, a união homoafetiva não poderia ser reconhecida como família, por casais do mesmo gênero não terem capacidade procriativa, aparentemente entendendo, ainda, que não teria como tal casal exercer as funções de parentalidade de crianças.

Elemento curioso desse precedente se refere à citação da doutrina de Thiago Hauptmann Boreli Thomaz, que textualmente afirma que, no plano fático, as uniões homoafetivas configuram-se como famílias, mas considera que, no plano jurídico, não se configurariam como tais, embora não fundamentalmente a razão disso, ao menos à luz da exigência de motivação lógico-racional que justifique a diferenciação pretendida à luz do critério diferenciador erigido, que condiciona a validade de diferenciações legais à luz do princípio da igualdade (MELLO, 2003, p. 38-39), o que faz com que quem defende a validade constitucional de uma diferenciação jurídica tenha o ônus argumentativo de demonstrar tal pertinência lógico-racional (ALEXY, 2008, p. 407-409), sob pena de se configurar uma discriminação inconstitucional.

Como se vê, referido precedente merece críticas, tendo em vista que a capacidade procriativa nunca foi critério para o reconhecimento da união heteroafetiva como família, visto que casais heteroafetivos estéreis nunca foram proibidos de se casar civilmente (ao menos em um Estado Laico), bem como por ser arbitrária a crença eventualmente imanente a tal julgado, de que casais homoafetivos não teriam condições de exercer as funções de parentalidade de filhos. Até porque diversos estudos já comprovaram a ausência

de prejuízos a crianças e adolescentes pelo singelo fato de serem criados(as) por casais do mesmo gênero (tema a ser retomado adiante, nos julgados do STJ que reconheceram o direito à adoção conjunta por casais homoafetivos). Igualmente, uma fundamentação que afirma que, no plano fático, a união homoafetiva constitui uma família, não pode, coerentemente, sem contradição interna, afirmar que a mesma não constituiria uma família no plano do Direito, visto que a interpretação extensiva e a analogia existem precisamente para alargar previsão legal a situação não-expressamente normatizada.

A quarta decisão do STJ sobre o tema foi o REsp 773.136/RJ (03^a Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 13.11.2006), o qual, reiterando o posicionamento do STJ no REsp 148.897/MG, afirmou que o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) que aplicou analogia para reconhecer a união homoafetiva como união estável teria “violado” o art. 1º da Lei 9.278/96, por sua literalidade se referir à união estável “entre o homem e a mulher”. Concluiu o aresto que isso se deu porque não se poderiam estender os efeitos jurídicos da união estável a situação “dessemelhante” (sic), não obstante não tenha explicado que “dessemelhança” seria esta.

Referido precedente merece críticas, tendo em vista que, como visto, a validade constitucional de uma diferenciação depende do atendimento de um ônus argumentativo que demonstre a pertinência lógico-racional de tal diferenciação (ALEXY, 2008, p. 407-409), o que não foi satisfeito pela fundamentação do acórdão. Provavelmente, deve ter sido considerado o fato de termos, em um caso, duas pessoas de gêneros opostos e, em outro, duas pessoas do mesmo gênero, como a “dessemelhança” mencionada. Contudo, da mesma forma que não basta “qualquer semelhança” para se permitir o uso da analogia, que demanda semelhança naquilo que é essencial, o mesmo raciocínio se aplica para se negar o uso da analogia, especialmente à luz do ônus argumentativo citado, cabendo assim a quem defende a pertinência e/ou necessidade da diferenciação explicar isso de maneira lógico-racional, o que não foi feito em dito precedente. Lembre-se que a analogia é uma concretização do princípio da isonomia, de sorte que negar a sua incidência quando isto foi pleiteado (ainda mais quando concedido por instância inferior) demanda a fundamentação da pertinência e/ou necessidade da diferenciação.

A quinta decisão do STJ sobre a união homoafetiva foi o REsp 648.763/RJ (04^a Turma, Relator Ministro César Asfor Rocha, DJ de 16.04.2007), que reformou outro precedente do TJRJ sobre o tema. A segunda instância havia decidido que, ante a lacuna normativa sobre o tema “dever-se-ia dispensar à situação, por analogia, o mesmo tratamento dado à união estável, vale dizer, a divisão igualitária do acervo adquirido durante a constância da sociedade, presumindo-se tê-lo sido amealhado com o esforço comum das partes”. Todavia, o STJ se limitou a afirmar que os precedentes do Tribunal (supra explicados e criticados) teriam consolidado o entendimento de que a união homoafetiva deveria ser enquadrada como mera sociedade de fato, e não como união estável, sem, todavia, infirmar os fundamentos do Tribunal de 2^a Instância, como se espera de uma decisão que procede à reforma de outra.

Então, a crítica que merece referida decisão foi se limitar a reiterar precedentes anteriores do próprio Tribunal, sem que nenhum deles tenha fundamentação apta a infirmar as premissas da decisão reformada. Entenda-se, evidentemente deve o STJ, como qualquer Tribunal, velar pela coerência e integridade de sua jurisprudência (artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015), e isso independentemente de texto normativo que isto preveja, mas entende-se que só se pode, validamente, reiterar jurisprudência anterior para reformar decisão inferior quando dita jurisprudência anterior tem fundamentos aptos a infirmar a decisão a ser reformada, o que não era o caso.

Pode-se alegar que os precedentes anteriores se recusaram a aplicar a analogia no caso, o que é verdade, mas não atenderam o ônus que lhes impõe o princípio da igualdade para justificar qual seria a “dessemelhança essencial” da união homoafetiva relativamente à heteroafetiva para “justificar” constitucionalmente referida diferenciação, para que ela não se torne uma discriminação inconstitucional (cf. supra). Nesse sentido, o único julgado que o fez pareceu entender que a capacidade procriativa seria “necessária” para se reconhecer uma união afetivo-sexual como familiar, mas como isso não é exigido de casais heteroafetivos, tal fundamentação

gera uma contradição interna e externa, ou seja, da decisão consigo mesmo (com seu pressuposto) e com o ordenamento jurídico ao qual está vinculada (que isto não exige).

A partir daqui, começou a haver evoluções da jurisprudência do STJ sobre o tema, que passaram a aplicar analogia à união estável em temas previdenciários, para se garantirem direitos à união homoafetiva.

Nesse sentido, a sexta decisão do STJ sobre a união homoafetiva se deu no REsp 238.715/RS (03ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 02.06.2006), na qual, em sede de Direito Previdenciário, atestou que “A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica”. Isso porque, continuou o acórdão, “O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual [sic] não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana”. Isso com base no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que expressamente prevê a analogia para garantia de direitos. Fundamentação precisa, que bem enquadra a união homoafetiva como sociedade de afeto (DIAS, 2016, p. 110-111), que a situação à qual ela se identifica, e não como uma “sociedade de fato” vocacionada apenas a evitar o “enriquecimento ilícito” de uma parte relativamente à outra. O Ministro Relator ressaltou, ainda, que o artigo 226, §3º, da Constituição conceituou a união estável sem excluir a união homoafetiva, para com isso reconhecer a lacuna normativa sobre o tema.

Fato curioso se deve ao Ministro Menezes Direito (posteriormente indicado ao STF) ter afirmado que acompanhava o Relator apenas por se tratar de tema de Direito Previdenciário, e não de Direito das Famílias. Contudo, isso parece incoerente, pois se a união homoafetiva é análoga à união estável para fins previdenciários, evidentemente também o é para fins de Direito das Famílias. Provavelmente, pode-se especular que o que tocou o Ministro foi o fato de o Direito Previdenciário ter a si inerente a lógica da dependência econômica do(a) companheiro(a) que pede algum auxílio ao Estado. Seja como for e sem desconsiderar que isso pelo menos garante a subsistência mais imediata da pessoa (embora a divisão patrimonial familiarista também tenha relevância nisso, ao passo que a pensão alimentícia tem relação direta com a subsistência digna da pessoa)

Da mesma forma, a sétima decisão do STJ sobre a união homoafetiva se deu no REsp 395.904/RS (06ª Turma, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 06.02.2006), na qual se afirmou que o art. 226, §3º, da Constituição não deveria ser analisado, por supostamente não se tratar de tema de Direito das Famílias, mas de Direito Previdenciário. Nesse sentido, reconheceu a lacuna normativa para supri-la com base no art. 4º da LINDB, tendo o Ministro Relator afirmado que constituiria discriminação inconstitucional, à luz do artigo 5º da Constituição, pretender alijar parte da sociedade, inserida nas relações homoafetivas, da tutela do Poder Judiciário, por falta de previsão legal expressa, o que considerou inadmissível.

Em voto-vista, sobre a interpretação do artigo 226, §3º, da Constituição, o Ministro Paulo Medina citou o parecer de Luís Roberto Barroso (hoje Ministro do STF), pelo qual toda interpretação é fruto de uma época, de sorte que, contemporaneamente, não se poderia interpretar a união estável como um conceito hermético, especialmente porque tanto o dispositivo constitucional quanto a Lei 8.213/91 não excluíram a união homoafetiva de seu âmbito apenas por terem regulamentado expressamente a união entre o homem e a mulher (cf. supra).

A oitava decisão do STJ marcou o início da viragem de sua jurisprudência sobre a união homoafetiva, através do REsp 820.475/RJ (04ª Turma, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, DJe de 06.10.2008), o qual, pela primeira vez no âmbito do Direito das Famílias como objeto da ratio decidendi do acórdão, aplicou a analogia para se reconhecer a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva, explicando que a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que só há “impossibilidade jurídica do pedido” quando o texto normativo, expressamente, traz uma proibição ou discriminação, o que inverte na hipótese. O tema foi muito bem sintetizado no seguinte trecho da sua ementa:

[...] 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir

a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, con quanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincide com outros tratados pelo legislador. [...]

Trata-se de emblemático julgado que se tornou histórico, ainda que por maioria, por marcar o início da virada da jurisprudência do STJ, na medida em que, pela primeira vez, afirmou que a união estável, no âmbito do Direito das Famílias, é regime jurídico aplicável à união homoafetiva, por analogia.

Esclareça-se que determinou-se o retorno dos autos à primeira instância porque o processo havia sido extinto por suposta “impossibilidade jurídica do pedido” (sic), que na época era uma das “condições da ação”, de sorte que não tinham sido produzidas provas de que a união afetiva em questão havia sido “pública, contínua e duradoura, com o intuito de constituir família”. Como situação de fato regida por requisitos de ordem pública, a união estável demanda a propositura de uma ação declaratória de existência e dissolução de união estável, para que se prove a ocorrência fática daqueles requisitos legais (por intermédio de testemunhas, documentos etc). Mas dito precedente do STJ reconheceu que a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva, se atendidos tais requisitos de publicidade, continuidade, durabilidade e intuito de constituição de família, a união homoafetiva, hipótese na qual o pedido seria procedente no mérito (atualmente, a possibilidade jurídica se tornou um dos capítulos do mérito, consoante decidido pelo STJ no REsp 1.757.123/SP, 03^a Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 15.08.2019).

A nona decisão do STJ sobre a união homoafetiva foi proferida no paradigmático REsp 1.026.981/RJ (03^a Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 23.02.2010), o qual trouxe uma rica fundamentação constitucional que muito engrandeceu o entendimento do Tribunal sobre o tema, além de marcar a mudança de posição da Ministra Relatora sobre o tema (relativamente àquela esposada no supra criticado REsp 773.136/RJ). Reconhecendo que a união afetiva entre pessoas do mesmo gênero estava batendo às portas do Judiciário clamando por sua tutela, afirmou que embora o Direito não regule sentimentos, “define as relações com base nele geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório”, tendo em vista que o núcleo do sistema jurídico visa “muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos”. Dessa forma, ante a omissão legal, afirmou que “é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas”.

Ditos fundamentos foram reiterados e enriquecidos pela Ministra Relatora em outros processos que estavam sendo julgados de forma concomitante, também de sua Relatoria, a saber: o REsp 1.085.646/RS (02^a Seção, DJe de 26.09.2011), o REsp 930.460/PR (03^a Turma, DJe de 03.10.2011) e o REsp 1.199.667/MT (03^a Turma, DJe de 04.08.2011). Embora todos no mesmo sentido, entre si e relativamente ao anterior, tem-se por mais emblemático o primeiro (REsp 1.085.646/RS), não só por ter sido decidido pela Segunda Seção, que tem a competência de unificar as divergências entre distintas Turmas Julgadoras, mas especialmente pela riqueza da fundamentação constitucional empregada, segundo a qual os princípios da igualdade e dignidade humana garantem o direito à autodeterminação e vedam uma discriminação às uniões homoafetivas relativamente às heteroafetivas, de sorte a imporem o manejo da analogia para colmatar a lacuna normativa em questão. Vale a pena vermos a bela síntese formulada na ementa:

[...] 2. Os princípios da igualdade e da dignidade humana, que têm como função principal a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, justificam o reconhecimento das parcerias afetivas entre homossexuais como mais uma das várias modalidades de entidade familiar. 3. O art. 4º da [LINDB] permite a equidade na busca da Justiça. O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidades familiares, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o

reconhecimento, como entidades familiares, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização de entidade familiar diversa que serve, na hipótese, como parâmetro diante do vazio legal – a de união estável – com a evidente exceção da diversidade de sexos. 4. Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem a ocorrência dos impedimentos do art. 1.521 do CC/02, com a exceção do inc. VI quanto à pessoa casada separada de fato ou judicialmente, haverá, por consequência, o reconhecimento dessa parceria como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos. 5. Comprovada a existência da união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro à meação dos bens registrados unicamente em nome de um dos parceiros, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos é presumida. 6. Recurso especial não provido.

É verdade que, antes destes três últimos arrestos, mas após os dois que haviam reconhecido a união homoafetiva, houve uma inexplicável recalcitrância do STJ no julgamento dos REsp 704.803/RS e 633.713/RS (03^a Turma, Relator Ministro Vasco Della Giustina – Desembargador convocado do TJRS, DJe de 02.02.2011). Neste julgamento, afirmou-se que o STJ teria firmado, no (supra explicado e criticado) REsp 148.897/MG, que deveria ser reconhecida uma sociedade de fato entre pessoas do mesmo gênero, desde que provada a existência de patrimônio comum. Reiterou-se, ainda, o REsp 773.136/RJ, afirmando-se que a união homoafetiva seria “dessemelhante” (sic) da união estável heteroafetiva, uma vez mais sem explicar que “dessemelhança” seria essa.

Tratou-se de um inexplicável retrocesso (DIAS, 2010), que violou os deveres de coerência e integridade da jurisprudência, que já havia superado (“overruled”) o entendimento defendido no julgamento destes dois recursos (nos citados REsp 820.475/RJ e 1.026.981/RJ), com fundamentos que infirmavam os fundamentos ultrapassados citados na decisão deste julgamento. Assim, “não há como deixar de qualificar as decisões como discriminatórias, além de contraditórias com a própria orientação do STJ” (DIAS, 2010).

Seja como for, tratou-se de um mero percalço, visto que, posteriormente a tal retrocesso, foram proferidas as decisões nos citados REsp 1.085.646/RS, 930.460/PR e 1.199.667/MT, que consolidaram de vez o reconhecimento do STJ acerca da possibilidade jurídica da união estável homoafetiva, por analogia, como consequência dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana (cf. supra). Vale ainda mencionar o fato de que, no julgamento dos EDcl no REsp n.º 633.713/RS, o STJ reformou uma das decisões (de retrocesso) supra, concordando com o Ministério Público Federal no sentido de que o entendimento esposado no REsp n.º 633.713/RS estava há muito superado pela jurisprudência do STJ e do STF, de sorte que considerando que a união homoafetiva foi reconhecida como união estável, por analogia, em acórdão relatado pela então Desembargadora Maria Berenice Dias, ele encontrava-se em consonância com a jurisprudência do STJ. Assim, acolheu os embargos de declaração com efeitos infringentes, por omissão ao entendimento firmado na sua Súmula n.º 83, pela qual não cabe recurso especial quando a decisão recorrida se encontrava em consonância com a jurisprudência atual do STJ.

As decisões seguintes do STJ ratificaram tal posicionamento, aplicando-o nas situações concretas da vida. Com efeito, no REsp 827.962/RS (04^a Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 08.08.2011), reiterou-se a jurisprudência pacífica do STJ sobre só haver impossibilidade jurídica do pedido quando o texto normativo expressamente proíbe aquilo que se pleiteia, o que inexiste no caso. Citando-se a doutrina de Luís Roberto Barroso, afirmou-se que o art. 226, §3º, da Constituição é uma norma de inclusão, criada para combater a discriminação das mulheres não-casadas no Direito das Famílias, donde é contraditório à teleologia do mesmo interpretar tal norma emancipatória (das mulheres) de forma discriminatória (às uniões homoafetivas).

Assim, entendeu-se que a regulamentação judicial, por analogia, das famílias homoafetivas é medida que se impõe, para garantir as proteções legais a elas devidas, por força do princípio da igualdade. Tão consolidado tal entendimento se tornou no STJ que, no AgRg no REsp 805.582/MG (04^a Turma, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 08.08.2011), afirmou-se que nos termos da “jurisprudência predominante da no STJ, não é juridicamente impossível o pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo”, afastando-se assim a carência de ação anteriormente decretada.

Portanto, consoante decidido no REsp 1.370.542/DF (03^a Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 29.11.2013), inconteste a existência de interesse de agir na pretensão de se ver declarada união estável homoafetiva como sociedade de natureza familiar, inclusive para fins de concessão de visto definitivo de permanência de companheiro(a) homoafetivo(a) estrangeiro(a). No mesmo sentido, no REsp 932.653/RS (06^a Turma, Relator Ministro Celso Limongi França – Desembargador Convocado do TJSP, DJe de 03.11.2011), afirmou-se que o reconhecimento da união estável homoafetivo gera efeitos previdenciários, garantindo a companheiros(as) homossexuais os mesmos benefícios previdenciários garantidos a companheiro(a) heteroafetivo(a). Pela mesma lógica, no REsp 1.291.924/RJ (03^a Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 07.06.2013) afirmou a competência das varas de famílias para julgamento de demandas relativas às uniões homoafetivas.

Da mesma forma, o REsp 1.302.467/SP (04^a Turma, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, DJe de 25.03.2015), reiterando a necessidade de uma interpretação expansiva e igualitária da legislação relativa à união estável (e ao casamento civil) à luz da principiologia constitucional, garantiu-se o direito a alimentos a companheiro(a) homoafetivo(a). Isso porque “o projeto de vida advindo do afeto, nutrido pelo amor, solidariedade, companheirismo, sobeja obviamente no amparo material dos componentes da união, até porque os alimentos não podem ser negados a pretexto de uma preferência sexual diversa”.

1.1 A histórica decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 132/ADI 4277 e sua influência decisiva na consolidação do tema no Superior Tribunal de Justiça

Como visto, os REsp 1.085.646/RS, 930.460/PR e 1.199.667/MT tiveram seus julgamentos realizados no ano de 2011, no qual o Supremo Tribunal Federal, nos dias 04 e 05 de maio, julgou procedentes a ADPF 132 e a ADI 4277 (Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, DJe de 05.10.2011), no qual, por unanimidade, reconheceu a união duradoura, pública e contínua entre pessoas do mesmo gênero como família, em “Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva”.

Embora cada voto tenha apresentado fundamentos diferentes, o que gera notória crítica doutrinária relativamente à dificuldade de se identificar as *ratione decidendi* (os fundamentos determinantes) do Tribunal enquanto instituição una, entende-se ser possível proceder a tal identificação, mediante a interpretação dos votos e a constatação de quais fundamentos foram feitos, de uma forma ou de outra, na maioria deles (VECCHIATTI, 2019, p. 651).

Considera-se tal modo de interpretação de precedentes necessário em países que, como o Brasil, adotam o modelo *seriatim* (de votos individuais nos Tribunais) e não o *per curiam* (de decisão única, ou votos assinados pela maioria e minoria da Corte), algo que parece indispensável para a definição das *ratione decidendi* dos Tribunais naquele modelo, adotado em nosso país. Isso especialmente ante a adoção, pelo atual Código de Processo Civil (de 2015), do sistema de vinculação a precedentes, com imposição legal ao Judiciário de só aplicar precedentes ao caso concreto quando tiver procedido à identificação de seus fundamentos determinantes, além de demonstrar que o caso a eles se ajusta, além do dever legal de deixar de aplicar a tese jurídica fixada se houver razão que justifique a distinção dos casos (artigo 489, §1º, V e VI, do Código de Processo Civil).

Portanto, a aplicação dos precedentes deve se dar “de modo discursivo, e não mecânico, levando-se a sério os fundamentos [determinantes]” da decisão, o que, no caso das súmulas, demanda a identificação das *ratione decidendi* dos precedentes que a formaram, para sua correta aplicação (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 688). Afinal, a aplicação de precedentes supõe uma “lógica de funcionamento, segundo a qual o caso anteriormente decidido possui um fundamento determinante (*ratio decidendi*)” que precisa ser identificado para se saber se o precedente se encaixa, ou não, no caso concreto (VIANA; NUNES, 2018, p. 224).

Nesse sentido, em termos das ratione decidendi compartilhadas pelo STF como um todo no citado julgamento:

...] entendo que se extraem as seguintes ratione decidendi da decisão do STF na ADPF 132/ADI 4277: (i) a redação do art. 226, §3º, da CF/88 não traz proibição ao reconhecimento da união estável homoafetiva, especialmente em sua interpretação sistemática com os princípios constitucionais da proibição de discriminações, da igualdade e da dignidade humana (entre outros); (ii) a união homoafetiva se enquadra no conceito constitucional de família e, assim, merece a respectiva proteção estatal; (iii) não há motivo legítimo para justificar a discriminação das uniões homoafetivas relativamente às heteroafetivas em razão da mera homogeneidade ou diversidade de sexos de seus integrantes; (iv) cabível interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil porque, se o art. 226, §3º, da CF/88 não proíbe o reconhecimento da união homoafetiva como união estável ou entidade familiar em sentido amplo, então aquele dispositivo legal não pode ser interpretado de forma discriminatória a casais homoafetivos. Embora com diversos outros desenvolvimentos individuais (de cada voto) nesta rica decisão, estas são as que parecem constituir o seu cerne e, assim, os princípios vinculantes para casos futuros, em termos de vinculação a precedentes. (VECCHIATTI, 2019, p. 652).

Referido julgamento do STF foi decisiva para o término dos debates no STJ nos citados REsp 1.085.646/RS, 930.460/PR e 1.199.667/MT, pois quem ainda resistia ao reconhecimento do status jurídico-familiar das uniões homoafetivas retificou seu posicionamento, em respeito à decisão da Suprema Corte – cujos fundamentos auxiliaram, também, no reconhecimento do STJ do direito ao casamento civil homoafetivo, como se verá agora.

1.2 O reconhecimento do direito ao casamento civil homoafetivo pelo STJ e o CNJ. Coerência com precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos

No julgamento do REsp 1.183.378/RS (4ª Turma, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, j. 20 e 25.10.2011, DJe de 01.02.2012), o STJ reconheceu o direito de casais homoafetivos consagrarem sua união afetivo-sexual pelo casamento civil, independente de prévia união estável. Em paradigmática fundamentação, o Ministro Relator aduziu que a Constituição Federal consagra o princípio do polimorfismo familiar, superando a posição das Constituições pretéritas, que limitavam a proteção especial do Estado apenas à família matrimonializada. De forma emblemática, sobre o casamento civil, afirmou-se que, com a Constituição Federal de 1988, “não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição da família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana”.

Continuou o aresto, aduzindo que o que se protege, hoje, não é o casamento civil, como um fim em si mesmo, mas a “proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade”, o que “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”. Isso especialmente pelo fato de que o casamento civil é o regime jurídico de maior proteção do Direito das Famílias no Brasil, em termos de segurança jurídica (o que não permite conceder mais direitos a ele relativamente à família formada pela união estável), donde o direito à igualdade demanda seu reconhecimento também aos casais homoafetivos. Em termos de inexistência de proibição legal ao casamento civil entre pessoas do mesmo gênero, especialmente à luz da função contramajoritária do Judiciário na proteção dos direitos das minorias, merece integral transcrição a bela síntese constante da ementa:

[...] 8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo “democraticamente” decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com

a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

Destaque-se, ainda, que o referido recurso especial foi conhecido e provido por afronta ao artigo 1.521 do Código Civil, relativo aos impedimentos matrimoniais, sob fundamento de que, sendo o referido rol taxativo, e não exemplificativo, o fato de não constar a explícita proibição ao casamento civil entre pessoas do mesmo gênero dos seus incisos (ou outro dispositivo legal) significa que ele é legalmente permitido. Trata-se de basilar lógica de Direito Privado, consagrada na teoria kelseniana, positivada no artigo 5º, II, da Constituição Federal, segundo a qual aquilo que não é expressamente proibido, tem-se por permitido (KELSEN, 2007, p. 270).

Sobre o tema, sempre é invocada a chamada teoria da inexistência do ato jurídico (para atos que existiram no mundo fático). Adere-se, aqui, à tradicional crítica de se tratar de uma contradição em termos, porque se ato é, ele existiu, de sorte que não poderia ser taxado de inexistente. Mas o que referida teoria quer consagrar é a ideia de uma “existência fática, mas não jurídica”. Tal teoria pretende atribuir ao ato tachado de “inexistente” a mesma consequência do ato nulo, que é a invalidade (retroativa) do ato em questão. Ocorre que isso é flagrantemente inconstitucional, na medida em que a Constituição Federal afirma textualmente, em seu artigo 5º, II, que “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, que é o fundamento constitucional da consagrada tese, segundo a qual não há nulidade sem texto, especialmente no Direito das Famílias.

O mesmo dispositivo constitucional, pelas mesmas razões, justifica o reconhecimento da inconstitucionalidade também da teoria do “silêncio eloquente”, entendido como um “silêncio intencional” do Legislativo que equivaleria a uma “proibição (implícita)”, por ser isto incompatível com a norma jurídica decorrente do referido texto normativo. Outrossim, aplicar-se tais teorias para proibir o casamento civil homoafetivo é também ilegal, pelo caráter taxativo dos impedimentos matrimoniais previstos no artigo 1.521 do Código Civil e eventuais outros dispositivos legais que os consagrem (VECCHIATTI, 2019c, p. 576-577).

Todavia, considerando que incrivelmente essas teorias foram aceitas pela comunidade jurídica em geral, vale dizer que a adequada compreensão de ambas não impede o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Sobre a “teoria da inexistência”, entende-se que ela não proíbe o casamento civil homoafetivo, tendo em vista que a “condição de existência” (sic) do casamento civil e da união estável é a família conjugal, formada pelo amor familiar, consubstanciado na união afetiva pautada em comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, e não pela diversidade de gêneros (VECCHIATTI, 2019c, p. 301-302, 577).

Ao passo que, mesmo que se adote um originalismo interpretativo, que entenda que a Assembleia Nacional Constituinte teria “deliberadamente” excluído a união homoafetiva do disposto no artigo 226, §3º, do texto constitucional, então no máximo ter-se-ia que entender que não foi admitida a “união estável homoafetiva”, enquanto espécie do gênero união estável, mas que não houve proibição constitucional ao reconhecimento de casais do mesmo gênero como uma entidade familiar autônoma, ante o caráter meramente exemplificativo do rol de entidades familiares dos parágrafos do artigo 226 da Constituição (é hegemônico o entendimento não-taxativo do rol de entidades familiares do texto constitucional, sendo já clássica a doutrina de Lôbo (2008, p. 60-61), pela qual a não-repetição da redação constitucional pretérita, que condicionava a proteção especial do Estado à “família constituída pelo casamento”, significa que a cláusula de exclusão desapareceu, de sorte que o atual texto constitucional protege quaisquer famílias [consensuais e não-opressoras] de seus integrantes, e não apenas aquela matrimonializada, de sorte a ser imanente ao caput do art. 226 da Constituição Federal de 1988 o princípio da pluralidade de entidades familiares (PEREIRA, 2005, p. 192-195).

Essa foi a posição externada pelo Ministro Lewandowski, no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, que por isso falou em “união homoafetiva estável”, em analogia à união estável heteroafetiva, tendo em vista que a principiologia constitucional, em seu caráter não-discriminatório e emancipatório, exige a proteção jurídica das uniões homoafetivas (não obstante tenha ele ficado vencido neste ponto, já que o restante do Tribunal não adotou essa lógica, reconhecendo a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva).

Como se vê, trata-se de julgamento emblemático não só pela riqueza da fundamentação constitucional do Ministro Relator, mas especialmente porque consagra uma lição que deveria ser basilar à comunidade jurídica desde o primeiro ano da faculdade de Direito, quando se leciona os conceitos de lacuna normativa e de analogia: o de que o fato de a lei regulamentar um fato, mas nada dispor sobre o outro configura unicamente lacuna normativa, de sorte a não ser “juridicamente impossível” pedir que se estenda o regime jurídico em questão para outra situação, por interpretação extensiva ou analogia, se idênticas ou equivalentes as situações forem. Como se viu, os julgados iniciais do STJ, de maneira surpreendente, adotaram uma exegese manifestamente incompatível com essa lição basilar do Direito, que contraria o que se ensina em quaisquer Manuais ou Cursos de Direito Civil e hermenéutica jurídica em geral. Por isso, considera-se importantíssima a afirmação de que os dispositivos legais que utilizam a expressão “entre o homem e a mulher” ou equivalentes não proíbem a união homoafetiva.

Com base nestas decisões, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175/2013, obrigando os Cartórios de Registro Civil do Brasil a celebrarem o casamento civil homoafetivo. Como a decisão do STF na ADPF nº 132 e na ADI nº 4277 tem “força de lei” (efeito vinculante e eficácia erga omnes), considerando que tal decisão afirmou que o reconhecimento da união estável homoafetiva é um “Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva” e considerando que uma destas “consequências” é a possibilidade de conversão em casamento civil, então tem-se que a força de lei da decisão do STF torna obrigatório o reconhecimento do casamento civil homoafetivo por conversão de prévia união estável.

Nesse sentido, resta reconhecido o direito de casais homoafetivos ao casamento civil, donde seria um contrassenso não se reconhecer o direito ao casamento civil homoafetivo “direto”, sem prévia união estável, sob pena de se impor à união homoafetiva uma espécie de “estágio probatório” que não se exige da união heteroafetiva para que possa ser consagrada pelo casamento civil, algo desrido de fundamento lógico-racional que lhe sustente, e que coloca as uniões homoafetivas como “menos dignas” que as heteroafetivas por destas não se exigir a legitimação por prévia união estável para acesso ao casamento civil, donde contrário à dignidade humana, donde tal exegese afigura-se inconstitucional por contrariar tais princípios constitucionais. Assim, absolutamente legítima e constitucional a Resolução nº 175/2013 do CNJ, como inclusive defendemos em manifestação em nome do PSOL (Partido Socialismo com Liberdade) e da ARPEN-RJ (Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Rio de Janeiro) em ação movida pelo PSC (Partido Social Cristão) contra dita resolução (ADI nº 4966), a qual ainda aguarda julgamento pelo STF. (VECCHIATTI, 2019a).

Note-se, ainda, que tal entendimento é compatível com a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que, na Opinião Consultiva 24/17, afirmou o direito humano ao casamento civil entre pessoas do mesmo gênero, também entendendo que a menção convencional ao “direito do homem e da mulher a contrair matrimônio e fundar uma família” (art. 17.2) não traz uma “definição restritiva”, mas apenas enuncia a proteção convencional à união heteroafetiva, sem proibi-la à união homoafetivo. Aduziu, ainda, que os dispositivos convencionais que garantem a proteção à família e à vida privada, que devem sofrer uma interpretação teleológica e evolutiva, por serem os tratados de direitos humanos instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições atuais de vida, de sorte a que o conceito de família deve abranger pessoas de distintas identidades de gênero e orientações sexuais.

Afirmou a Corte IDH que entendimento em sentido contrário, que limitasse o conceito de família somente a casais heteroafetivos, geraria frustração do objetivo da Convenção Americana de Direitos Humanos, relativo à proteção dos direitos humanos de todas as pessoas humanas, sem distinção nenhuma. Assim, entendeu a Corte que “não se encontram motivos para desconhecer o vínculo familiar entre casais do mesmo sexo por meio de relações afetivas com intenção de permanência, que buscam desenvolver um projeto de vida comum, tipicamente caracterizado por cooperação e apoio mútuos”.

Rejeitou, ainda, a criação de uma “união civil autônoma”, específica a casais homoafetivos, por bem entender isso como algo segregacionista e discriminatório, por não haver fundamentação convencionalmente válida que justifique excluir casais homoafetivos do acesso ao casamento civil, visto que a procriação não é uma finalidade essencial nem mesmo do casamento heteroafetivo, até porque a proteção convencional se dá à família como realidade social, pautada por um projeto de vida comum caracterizado por cooperação e apoio mútuo. Tudo como uma decorrência da igual dignidade devida a homossexuais frente a heterossexuais e a casais homoafetivos relativamente aos heteroafetivos, algo incompatível com um estereótipo de heteronormatividade na definição do casamento civil, que suporia considerar casais do mesmo gênero como “anormais”, que seria a consequência lógica (inconvencional) da existência de uma “união civil autônoma” para casais homoafetivos, criada para que estes não tivessem acesso ao casamento civil.

Em suma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que:

[...] por força da interpretação teleológica e evolutiva do conceito de família à luz da proibição convencional de discriminações de quaisquer espécies, entendeu que todos os direitos patrimoniais que derivam do vínculo familiar devem ser garantidos a casais do mesmo sexo, sem discriminação nenhuma relativamente a casais de pessoas heterossexuais. Mas não apenas os patrimoniais, na medida em que o dever internacional dos Estados transcende a mera proteção patrimonial, projetando-se a todos os direitos humanos reconhecidos a casais heterossexuais, de acordo com os respectivos Direitos Internos (Nacionais) – pois “o reconhecimento do vínculo familiar permeia outros direitos, como os direitos civis e políticos, econômicos ou sociais, assim como outros internacionalmente reconhecidos”, razão pela qual concluiu que “em virtude do direito à proteção à vida privada (art. 11.2) e do direito à proteção da família (art. 17), a Convenção Americana protege o vínculo familiar derivado de uma relação entre um par do mesmo sexo”, bem como que por força do direito à igualdade e à não-discriminação (art. 1.1 e 24), todos os direitos patrimoniais e humanos internacionalmente reconhecidos que derivam do vínculo familiar àqueles formados por pessoas do mesmo sexo [...] (VECCHIATTI, 2019a; Para maiores desenvolvimentos sobre a decisão: VECCHIATTI, 2019c, p. 465-471).

1.3 O direito à adoção conjunta por casais homoafetivos. Coerência com precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O STJ, em duas oportunidades, reconheceu o direito de casais do mesmo gênero adotarem conjuntamente crianças ou adolescentes. Os dois julgados a seguir versaram sobre pedido de adoção de filho(a) de companheiro(a) homoafetivo(a), o que se entende como equivalente a um pedido de adoção conjunta, já que, em ambos os casos, temos uma dupla homoparentalidade.

Com efeito, no julgamento do REsp 889.852/RS (04ª Turma, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, DJe de 10.08.2010), destacando as imposições legais de garantia de convivência familiar a todas as crianças e adolescentes (artigo 1º da Lei 12.010/2009) e de conceder-se a adoção sempre que apresentar reais vantagens ao(à) adotando(a) (artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), à luz do princípio da integral proteção da criança e do adolescente (artigo 227 da Constituição e artigo 1º do ECA), afirmou-se que “diversos e respeitados estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas [...] ‘não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais’. Isso porque, atestaram tais estudos, o que é relevante é a “qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas [as crianças] e que as liga a seus cuidadores”, sendo irrelevante o fato do casal adotante ser formado por pessoas do mesmo gênero ou de gêneros opostos.

Assim, afirmou-se que o Judiciário não pode fechar os olhos à realidade fenomênica, pela qual o casal homoafetivo em questão exercem, de fato, a completa responsabilidade pela criação e educação dos infantes do caso concreto, que consideram-se filhos do casal do mesmo gênero, especialmente porque houve “consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido” de adoção – esclareça-se que todo processo de adoção supõe parecer de assistente social e/ou psicólogo(a) para se verificar se houve plena integração do(a) adotando(a) à(s) pessoa(s) que deseja(m) adotar. Portanto, destacando ser a adoção um ato de amor e um gesto de humanidade, inclusive por se pretender, naquele caso, a adoção de duas crianças

(irmãos biológicos), algo rejeitado por 86% das pessoas que desejam a adoção, consoante dados do Conselho Nacional de Justiça, entendeu-se que haveria prejuízo real às crianças caso a adoção não fosse deferida, de sorte que manteve-se a decisão que a concedeu.

No mesmo sentido, no REsp 1.281.093/SP (03^a Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 04.02.2013), com fundamentos semelhantes ao anterior, sobre a ausência de prejuízos a crianças e adolescentes por sua mera criação por um casal homoafetivo, teve o mérito de aplicar o entendimento do STF e do STJ sobre a consequência lógica da união homoafetiva ter sido reconhecida como entidade familiar com igualdade de direitos relativamente à união heteroafetiva implicar no reconhecimento do direito à adoção conjunta por pessoas do mesmo gênero em união conjugal. Nas belas palavras do aresto:

III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios.

Importante obter dictum do REsp 1.328.380/MS (03^a Turma, Relator Ministro Marco Antonio Belizze, DJe de 03.11.2014) atestou se afigura possível o “estabelecimento de vínculo socioafetivo, inclusive em hipóteses em que os pais formem um casal homossexual”, algo que parece logicamente decorrente do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, até porque, historicamente, sempre se formou primeiro vínculo socioafetivo entre companheiro(a) homoafetivo(a) e filho(a) do(a) outro(a) no mundo dos fatos, mas que é importante se destacar, para dirimir quaisquer dúvidas que eventualmente poderiam haver sobre o tema (homoparentalidade via vínculo socioafetivo).

Vale citar que tal entendimento é coerente com a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que, em 2012, no caso Atalla Riffó y niñas v. Chile, decidiu que embora a promoção da integral proteção e do melhor interesse de crianças e adolescentes seja um legítimo fim estatal, não se pode fazê-lo a partir de estereótipos, alegando-se, no caso, que a mera homossexualidade da mãe ou sua relação homoafetiva com outra mulher seria “prejudicial” aos interesses da criança. Isso porque o superior interesse da criança não pode ser utilizado para amparar uma discriminação por orientação sexual, donde ausente a prova, pelo Estado, de um dano concreto, específico e real à criança pela conduta concreta da pessoa, não pode determinar a retirada da guarda motivado apenas na sua orientação sexual.

Ressalte-se que, na Opinião Consultiva 24/17, a Corte IDH afirmou que a orientação sexual e a identidade de gênero constituem-se como classificações suspeitas, sujeitas a um escrutínio estrito, de sorte que a validade de uma diferenciação motivada nelas motivada somente existirá se for comprovado, por quem defende a diferenciação, que ela é uma medida necessária para se alcançar um objeto convencionalmente imperioso (item 81), o que inexiste no presente caso, pelas razões acima expostas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se vê, no que tange ao enquadramento jurídico da união homoafetiva, o STJ evoluiu de uma situação discriminatória e heteronormativa, que a enquadrava como mera “sociedade de fato” por não conceber que entre duas pessoas do mesmo gênero pudesse haver vínculo familiar idêntico ou equivalente àquele existente entre pessoas de gêneros opostos, para adotar uma compreensão efetivamente pluralista, inclusiva e não-discriminatória do Direito das Famílias, em que reconheceu que o próprio casamento civil deve ser acessado por casais homoafetivos, por força de interpretação das normas legais respectivas à luz dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Superou-se, assim, a compreensão de uma família heterossexual em prol de uma família eudemonista, cuja proteção não decorre da “diversidade de sexos” (rectius: diversidade de gêneros), mas do fato de termos uma conjugalidade que vise a felicidade e autorrealização individual de seus integrantes, em uma união pública, contínua e duradoura, com o intuito de constituir família.

Trata-se, sem sombra de dúvidas, de uma evolução paradigmática, absolutamente coerente com o espírito emancipatório e não-discriminatório de nossa Constituição Federal, a qual, à luz da notória constitucionalização do Direito Privado, deve ter sua principiologia considerada pelo STJ na interpretação das leis infraconstitucionais, donde inconstitucional entendimento aparentemente predominante no Tribunal, pelo qual não poderia o STJ interpretar a Constituição, pela divisão de competências entre ele e o STF constitucionalmente consagrada. Não o pode diretamente e de forma autônoma, mas não só pode, como deve, interpretar a legislação federal à luz da principiologia constitucional, sob pena de uma intolerável exegese aconstitucional, que obviamente não é constitucionalmente admissível (algo muito bem pontuado no REsp 1.183.378/RS, para justificar a hermenêutica constitucional principiológica que utilizou na interpretação dos dispositivos legais respectivos, para reconhecer o direito ao casamento civil homoafetivo).

O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e o consequente reconhecimento do direito de casais do mesmo gênero acessarem nos regimes jurídicos do casamento civil, da união estável e da adoção conjunta é um passo importante para o reconhecimento da igual dignidade devida a homossexuais e casais homoafetivos relativamente a heterossexuais e casais heteroafetivos, expressão esta usada pela Suprema Corte dos EUA na decisão que reconheceu o direito ao casamento civil igualitário (Obergefell vs. Hodges, 2015; para explicação e análise da decisão: VECCHIATTI, 2019c, p. 450-463). Afinal, o não-reconhecimento do status jurídico-familiar das uniões homoafetivas implica em inconteste violência simbólica de efeitos materiais incontestes, pela discriminação jurídica que perpetra, por pretender impor um totalitário padrão heteronormativo compulsório, ao passo que toda forma de violência homotransfóbica “se mostra particularmente contraditória [com nosso Direito] quando se lembra todo o arcabouço de direitos e garantias adquiridos e/ou renovados com a Constituição de 1988” (BOMFIM; BAHIA, 2019).

Portanto, a evolução da jurisprudência do STJ sobre a união homoafetiva merece ser celebrada, como um passo para a proteção da cidadania sexual[3] das minorias sexuais, enquanto respeito a seus direitos fundamentais de liberdade, dignidade, igualdade e não-discriminação, ou seja, enquanto conjunto de direitos fundamentais devidos às pessoas em razão de sua orientação sexual e ao uso de sua sexualidade de forma não-opressora à sexualidade alheia (MOREIRA, 2017a, p. 122-123; VECCHIATTI, 2019a, p. 215-226).

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A inconstitucionalidade por omissão: o dever de criminalizar a LGBTIfobia no Brasil. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 6, n. 01, e249, 2019. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/249>. Acesso em: 23 jun. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013*. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Brasília, DF: CNJ, 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 6 mar. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 805.582/ MG. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRECEDENTES*. Recorrente: M. L. S. F. Recorrido: G. M. de S. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti, 21 de junho de 2011. Disponível em: https://www2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200502117694&dt_publicacao=08/08/2011. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 633.713/RS.** EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CARÁTER INFRINGENTE. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE. CABIMENTO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA POST MORTEM. EQUIPARAÇÃO À UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. REQUISITOS. SÚMULA Nº 7/STJ. DIVISÃO DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO AO LONGO DO RELACIONAMENTO. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. Recorrente: I. L. M. Recorrido: L. F – Curador Especial. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 11 de fevereiro de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400284174&dt_publicacao=28/02/2014. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial nº 148.897/MG.** SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. O PARCEIRO TEM O DIREITO DE RECEBER A METADE DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM, RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO COM OS REQUISITOS NO ART. 1363 DO CC. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ASSISTÊNCIA AO DOENTE COM AIDS. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO DE RECEBER DO PAI DO PARCEIRO QUE MORREU COM AIDS A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL DE TER SUPORTADO SOZINHO OS ENCARGOS QUE RESULTARAM DA DOENÇA. DANO QUE RESULTOU DA OPÇÃO DE VIDA ASSUMIDA PELO AUTOR E NÃO DA OMISSÃO DO PARENTE, FALTANDO O NEXO DE CAUSALIDADE. ART. 159 DO CC. AÇÃO POSSESSÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. DEMAIS QUESTÕES PREJUDICADAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO. Recorrente: Milton Alves Pedrosa. Recorrido: João Batista Prearo. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 10 de fevereiro de 1998. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700661245&dt_publicacao=06/04/1998. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial nº 323.370/RS.** COMPETÊNCIA. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM DIVISÃO DE PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DE DIREITOS ORIUNDOS DO DIREITO DE FAMÍLIA. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL. Recorrente: E.C.E. Recorrido: E. S. de C. Relator: Min. Barros Monteiro, 14 de dezembro de 2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200100568359&dt_publicacao=14/03/2005. Acesso em: 6 mar. 2020..

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial nº 502.995/RN.** DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: S. R. de L. Relator: Min. Fernando Gonçalves, 26 de abril de 2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200201745035&dt_publicacao=16/05/2005. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial nº 648.763/RJ.** RECURSO ESPECIAL. RELACIONAMENTO MANTIDO ENTRE HOMOSSEXUAIS. SOCIEDADE DE FATO. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE. PARTILHA DE BENS. PROVA. ESFORÇO COMUM. Recorrente: E. S. de C. Recorrido: E. C. E. Relator: Min. César Asfor Rocha, 7 de dezembro de 2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400423377&dt_publicacao=16/04/2007. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 773.136/RJ.** DIREITO CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. EFEITOS PATRIMONIAIS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ESFORÇO COMUM. Recorrente: B. L. S – Espólio. Recorrido: M. L. P. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 10

de outubro de 2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501316656&dt_publicacao=13/11/2006. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Recurso Especial nº 395.904/RS.** RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Vitor Hugo Nalério Dulor. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa, 13 de dezembro de 2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101897422&dt_publicacao=06/02/2006. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 633.713/RS.** CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. SOCIEDADE DE FATO. PARTILHA. PATRIMÔNIO AMEALHADO POR ESFORÇO COMUM. PROVA. Recorrente: I. L. M. Recorrido: L. F – Curador Especial. Relator: Min. Vasco dela Giustina, 16 de outubro de 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400284174&dt_publicacao=02/02/2011. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 704.803/RS.** CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. SOCIEDADE DE FATO. PARTILHA. PATRIMÔNIO AMEALHADO POR ESFORÇO COMUM. PROVA. Recorrente: E. H. K – Sucessão. Recorrido: T. M. de S. Relator: Min. Vasco dela Giustina, 2 de fevereiro de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401620270&dt_publicacao=02/02/2011. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial nº 820.475/RJ.** PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. Recorrente: A. C. S. e outro. Relator para acórdão: Min. Luís Felipe Salomão, 2 de setembro de 2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600345254&dt_publicacao=06/10/2008. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial nº 827.962/RS.** CIVIL. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EMPREGO DA ANALOGIA. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: C. W e outro. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 21 de junho de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600577255&dt_publicacao=08/08/2011. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial nº 889.852/RS.** DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: L. M. B. G. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, 27 de abril de 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602091374&dt_publicacao=10/08/2010. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 930.460/PR.** CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO AFETIVA ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO POST MORTEM CUMULADA COM PEDIDO DE PARTILHA DE BENS. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM. Recorrente: L.M. de F. Recorrido: S. L. – Espólio. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 19 de maio de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700449890&dt_publicacao=03/10/2011. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Recurso Especial nº 932.653/RS.** RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. COMPANHEIRO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. ART. 217, I, C, DA LEI Nº 8.112/90. Recorrente: União. Recorrido: José Pedro Fantin.

Relator: Min. Celso Limongi França, 16 de agosto de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700556560&dt_publicacao=03/11/2011. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº 1.026.981/RJ. DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. BENEFÍCIOS. COMPLEMENTAÇÃO. PENSÃO POST MORTEM. UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS. EMPREGO DE ANALOGIA PARA SUPRIR LACUNA LEGISLATIVA. Recorrente: Severino Galdino Melo. Recorrido: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil PREVI. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 4 de fevereiro de 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800251717&dt_publicacao=23/02/2010. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Recurso Especial nº 1.085.646/RS. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO AFETIVA ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO CUMULADA COM PARTILHA DE BENS E PEDIDO DE ALIMENTOS. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM. Recorrente: F. J. F. Recorrido: R. D. C. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 11 de maio de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801927625&dt_publicacao=26/09/2011. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº 1.199.667/MT. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA POST MORTEM. DIVISÃO DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO AO LONGO DO RELACIONAMENTO. EXISTÊNCIA DE FILHO ADOTADO PELO PARCEIRO FALECIDO. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM. Recorrente: C. E. F. da S. Recorrido: C. P. da S. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 19 de maio de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001154637&dt_publicacao=04/08/2011. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial nº 1.183.378/RS. DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. Recorrentes: K. R. O e L. P. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, 25 de outubro de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº 1.281.093/SP. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: D. H. M. E. S. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 18 de dezembro de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102016852&dt_publicacao=04/02/2013. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº 1.291.924/RJ. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO. Recorrente: A. M. C. de O. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 28 de maio de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201002041254&dt_publicacao=07/06/2013. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Quarta Turma). Recurso Especial nº 1.302.467/SP. DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVA) ROMPIDA. DIREITO A ALIMENTOS. POSSIBILIDADE. ART. 1.694 DO CC/2002. PROTEÇÃO DO COMPANHEIRO EM SITUAÇÃO PRECÁRIA E DE VULNERABILIDADE. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. ALIMENTOS PROVISIONAIS. ART. 852 CPC. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS.

ANÁLISE PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. Recorrente: P. D. A. Recorrido: C. E. C. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, 3 de março de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200026714&dt_publicacao=25/03/2015. Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1.370.542/DF. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DO UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. PRÉVIA FORMALIZAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA DE DECLARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO PARA EFEITOS PATRIMONIAIS. POSSÍVEIS EFEITOS SECUNDÁRIOS ATINENTES À EMISSÃO DE VISTO DEFINITIVO DE PERMANÊNCIA DE UM DOS AUTORES EM TERRITÓRIO BRASILEIRO. INTERESSE DE AGIR. EXISTÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: 4º, I, e 861 a 866, do CPC. Recorrentes: G. J. O. B e outro(s). Relatora: Min. Nancy Andrighi, 5 de novembro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300571222&dt_publicacao=29/11/2013. Acesso em: 6 mar. 2020.**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1.328.380/MS. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE MATERNIDADE C/C PETIÇÃO DE HERANÇA. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO POST MORTEM DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA, COM A MANUTENÇÃO, EM SEU ASSENTO DE NASCIMENTO, DA MÃE REGISTRAL. ALEGAÇÃO DE QUE A MÃE REGISTRAL E A APONTADA MÃE SOCIOAFETIVA PROCEDERAM, EM CONJUNTO, À DENOMINADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA" DA DEMANDANTE, QUANDO ESTA POSSUÍA APENAS DEZ MESES DE VIDA. 1. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. NÃO OCORRÊNCIA. 2. CERCEAMENTO DE DEFESA. VERIFICAÇÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE, RECONHECENDO-SE, AO FINAL, NÃO RESTAR DEMONSTRADA A INTENÇÃO DA PRETENSA MÃE SOCIOAFETIVA DE "ADOTAR" A AUTORA. O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA REQUER A VONTADE CLARA E INEQUÍVOCA DA PRETENSA MÃE SOCIOAFETIVA, AO DESPENDER EXPRESSÕES DE AFETO, DE SER RECONHECIDA, VOLUNTARIAMENTE, COMO TAL, BEM COMO A CONFIGURAÇÃO DA DENOMINADA 'POSSE DE ESTADO DE FILHO', QUE, NATURALMENTE, DEVE APRESENTAR-SE DE FORMA SÓLIDA E DURADOURA. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA ANULAR A SENTENÇA, DETERMINANDO-SE O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM, A FIM DE VIABILIZAR A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. Recorrente: L. G. Recorridos: A. J. A e outro. Relator: Min. Marco Antonio Belizze, 21 de outubro de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102338210&dt_publicacao=03/11/2014. Acesso em: 6 mar. 2020.**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1.757.123/SP. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXIGIR CONTAS. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DE MÉRITO. NECESSIDADE DE EXAME DOS ELEMENTOS QUE COMPÕEM O PEDIDO E DA POSSIBILIDADE DE DECOMPOSIÇÃO DO PEDIDO. ASPECTOS DE MÉRITO DO PROCESSO. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CONDIÇÃO DA AÇÃO AO TEMPO DO CPC/73. SUPERAÇÃO LEGAL. ASPECTO DO MÉRITO APÓS O CPC/15. RECORRIBILIDADE IMEDIATA DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE AFASTA A ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ADMISSIBILIDADE. ART. 1.015, II, CPC/15. Recorrente: Olavo Gliorio Gozzano e Advogados Associados. Recorrida: Renata Cristina Orefice. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 13 de agosto de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801908669&dt_publicacao=15/08/2019. Acesso em: 6 mar. 2020.**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=A&docID=628635>. Disponível em: 6 mar. 2020.**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO.** Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Disponível em: 6 mar. 2020.

BREWER-CARIAS, Allan R. **Constitutional Courts as Positive Legislators: a comparative law study.** Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS. **Princípios de Yogyakarta.** Rio de Janeiro, 10 dez. 2008. Disponível em: http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 6 mar. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Atalla Riff y Niñas Vs. Chile.** El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riff, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/atalariffo.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017.** Identidad de gênero, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 6 mar. 2020.

CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e o Direito:** Proteção Constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade. Um Panorama Luso-Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade os Direitos LGBTI.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O Preconceito & a Justiça.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: O Preconceito & a Justiça.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: O Preconceito & a Justiça.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva não é apenas dividir economias. **Conjur - Consultor Jurídico,** 24 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-dez-24/stj-retrocede-considerar-uniao-homoafetiva-sociedade-fato>. Acesso em: 6 mar. 2020.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão; OMMATI, José Emílio Medauar. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. (Org.). **Diferentes, mas Iguais:** Estudos sobre a Decisão do STF sobre a União Homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277). Belo Horizonte: Lumen Juris, 2017.

GREEN, James N. QUINALHA; Renan Honório. (Org.). **Ditadura e Homossexualidades:** repressão, resistência e busca da verdade. São Carlos: EDUFSCAR, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. 11. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA, Adilson José. **Cidadania Sexual:** Estratégias para Ações Inclusivas. São Paulo: Arraes, 2017a.

MOREIRA, Adilson. **O que é Discriminação?** Belo Horizonte: Letramento, 2017b.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo:** com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodvim, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (15ª Câmara de Direito Privado). Apelação cível nº 0009175-15.2008.8.26.0268. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS JULGADA PROCEDENTE. TRANSPORTE DE PASSAGEIRO. Recorrente: Auto Onibus Soamin Ltda. Recorrido: Osnildo Dias Araujo e Outro. Relator: Des. Castro Figoliola, 8 de outubro de 2015.

SIMÕES, Júlio. FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris: do Movimento Homossexual ao LGBT*. São Paulo: Perseu Abramo, 2009.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Obergefell vs. Hodges*. Argued April 18, 2015. Decided June 26, 2015. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/14-556>. Acesso em: 6 mar. 2020.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. A Constituição de 1988 e a evolução dos direitos da população LGBTI+. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 6, n. 01, e247, jan./jun. 2019^a. Disponível em: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v6i01.247>. Acesso: 6 mar. 2020.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo: a eficácia jurídica positiva das ordens constitucionais de legislar em geral e dos mandados de criminalização em particular*. 2. ed. Bauru: Spessoto, 2019b.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade: a possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. 3. ed. Bauru: Spessoto, 2019c.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O STF, a Homotransfobia e seu Reconhecimento como Crime de Racismo: Análise e defesa da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a homotransfobia como crime de racismo*. Bauru: Spessoto, 2020.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: A mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NOTAS

- 2 V.g.: “Muito embora referida legislação dissesse respeito ao transporte ferroviário, sua disciplina se estendeu, por analogia, ao transporte rodoviário de passageiros” (SÃO PAULO, 2015).
- 3 Ampliando-se a tese de Adilson José Moreira (MOREIRA, 2017a, p. 122-123), adota-se o conceito de *cidadania sexual e de gênero*, para abranger um direito à não-discriminação tanto por orientação sexual quanto por identidade de gênero, pela aplicação dos citados direitos fundamentais à liberdade, à igualdade e ao respeito à dignidade humana das **minorias sexuais e de gênero** – as pessoas LGBTI+ (VECCHIATTI, 2019, p. 216-228).

INFORMAÇÃO ADICIONAL

CÓMO CITAR ESTE ARTIGO: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O STJ e a união homoafetiva: da “sociedade de fato” à família conjugal. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 7, n. 01, e294, jan./jun. 2020. doi: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v7i01.294>. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/294>. Acesso em: dia mês. ano.

LIGAÇÃO ALTERNATIVE

<http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/294/173> (pdf)