

INTRODUÇÃO

Os últimos anos foram marcados por mudanças intensas e muito rápidas no direito de família brasileiro, resultado de uma nova configuração sociojurídica (TEPEDINO, 1997). Isso se deve principalmente ao fenômeno da ampliação das fontes do sistema jurídico e, simultaneamente, ao posicionamento da Constituição Federal como o centro do ordenamento jurídico nas democracias ocidentais, algo que também é observado na experiência constitucional brasileira.

De maneira geral, as constituições escritas são consideradas fontes do direito (BALAGUER, 2014), e seus enunciados expressam normas que disciplinam a organização do Estado e as relações entre o Estado e os cidadãos. Não apenas por isso, mas também porque as normas constitucionais são igualmente adequadas para disciplinar as relações entre particulares, que são passíveis de aplicação jurisdicional por qualquer juiz, e não apenas pelo juiz constitucional (GUASTINI, 2007).

Essa mesma abordagem é defendida por Zagrebelsky (1991) quando ensina que, quando a estrutura da norma constitucional é suficientemente completa para ser utilizada como regra para casos concretos, ela deve ser diretamente aplicada por todos os sujeitos do ordenamento jurídico, sejam eles juízes, administração pública ou particulares. Para o autor, a Constituição é uma fonte direta de posições subjetivas para os sujeitos do ordenamento, em todo tipo de relação em que possam se envolver, destacando que a Constituição se dirige diretamente às relações entre indivíduos e às relações sociais (ZAGREBELSKY, 1991). Portanto, as normas constitucionais podem ser invocadas, quando possível, como regras aplicáveis, por exemplo, às relações familiares.

Essa posição normativa da Constituição no direito de família é definida como resultado de um processo de constitucionalização do direito e faz parte de um novo paradigma chamado neoconstitucionalismo. A expressão "constitucionalização" é cunhada por Guastini (2003), a partir de sete critérios de avaliação em relação à presença de normas constitucionais nos diferentes sistemas jurídicos.

O primeiro critério refere-se a ordenamentos jurídicos totalmente impregnados por normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado se configura quando a Constituição está extremamente presente, sendo capaz de irradiar efeitos por todo o ordenamento e, conseqüentemente, condicionar as leis, a jurisprudência e a doutrina, bem como a ação dos atores políticos e as relações sociais. Guastini (2003) observa que a constitucionalização é mais acentuada quando existem princípios constitucionais

(expressamente formulados ou implícitos) que não podem ser modificados de maneira alguma, nem mesmo por procedimentos de revisão constitucional. Isso é chamado de *constituição material*, um conjunto de princípios imutáveis.

O segundo aspecto refere-se à existência de uma instância de controle sobre a conformidade das leis com a Constituição. O terceiro aspecto corresponde à força vinculante da Constituição e deriva da ideia de que toda norma constitucional, independentemente de sua estrutura ou conteúdo normativo, é uma norma jurídica genuína, vinculativa e capaz de produzir efeitos jurídicos. O quarto critério, fortemente relacionado ao anterior, está ligado à interpretação do texto constitucional de forma extensiva, ou seja, de modo que não haja espaços vazios para propostas legislativas discricionárias, resultando em todas as decisões legislativas sendo pré-reguladas por uma norma constitucional (GUASTINI, 2003).

A quinta condição indica a superação da lógica liberal clássica de que as normas constitucionais não regulam as relações entre particulares. No âmbito do constitucionalismo atual, as constituições também se dirigem às relações sociais, de modo que os princípios gerais ou as chamadas normas prescritivas ou programáticas produzem efeitos diretos. A sexta condição aponta para a necessidade de interpretação das leis de acordo com a Constituição, o que implica adotar uma interpretação mais harmoniosa e adequada ao texto constitucional, evitando assim qualquer tipo de contradição.

A sétima e última condição leva à influência da Constituição nas relações políticas. Isso se manifesta de várias formas, como a resolução de conflitos de atribuições entre diferentes órgãos ou entidades, o controle de ações políticas discricionárias ou até mesmo na justificação de ações e decisões de órgãos constitucionais e atores políticos.

Por sua vez, o "neoconstitucionalismo" pode ser entendido como o fenômeno de mudanças e transformações operadas pelo modelo de Estado constitucional (CARBONELL, 2003), especialmente após a Segunda Guerra Mundial, em diversos países e partes do mundo. Para esta reflexão, adotamos a perspectiva do neoconstitucionalismo, que se refere a um novo modelo de organização jurídico-política ou Estado de direito. A concepção de Estado de direito adotada é aquela que identifica a vinculação de todos os poderes do Estado, incluindo o Poder Legislativo, ao respeito aos princípios substanciais estabelecidos pelas normas constitucionais, como a divisão de poderes e o respeito aos direitos fundamentais.

Compreender o neoconstitucionalismo como um modelo de Estado de direito implica o reconhecimento de três paradigmas ao longo da história constitucional: 1) o direito pré-

moderno; 2) o Estado de Direito legislativo; e 3) o Estado Constitucional de Direito (CARBONELL, 2003).

Conforme explicado por Ferrajoli (2007), o Estado de Direito surge na forma do Estado de direito legislativo, com a afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do direito válido e mesmo existente, independentemente de sua valoração como justo. Nesse contexto, a experiência deixa de ser jurisprudencial e se submete à lei e ao princípio da legalidade como únicas fontes de legitimação.

O Estado Constitucional de Direito, por sua vez, é caracterizado pela presença de garantias adequadas para assegurar, com o máximo grau de efetividade, os direitos constitucionalmente reconhecidos. Portanto, segundo o autor, o Estado Constitucional corresponde a um novo modelo de direito e democracia e, assim, a história do constitucionalismo é a história de uma progressiva expansão e ampliação da esfera de direitos (FERRAJOLI, 2007).

Todas essas considerações introdutórias nos permitem situar o direito constitucional brasileiro e seus reflexos no direito de família, com atenção especial ao tema das uniões ou casamentos entre pessoas do mesmo sexo, que passaram a receber um tratamento garantista e de reconhecimento na experiência jurídica do Brasil.

2 PROJEÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 NO DIREITO DE FAMÍLIA

A Constituição brasileira de 1988 é uma das constituições representativas do que é conhecido como constitucionalismo dirigente ou de caráter social. Essa concepção tem suas raízes na Constituição mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919, assim como no modelo alemão do pós-guerra (Segunda Guerra Mundial) e na Constituição portuguesa, adotada após o declínio do regime salazarista nos anos 70.

Como uma Constituição social, a brasileira de 1988 estabelece obrigações positivas para o Estado em questões sociais, buscando regular as atividades econômicas e estabelecer órgãos para a implementação de suas políticas públicas, os quais podem até mesmo se tornar agentes econômicos diretos (SILVA NETO, 2006). A gênese do constitucionalismo social pode ser inferida a partir dos movimentos sociais das revoluções mexicana de 1910 e russa de 1917, e se desenvolve gradualmente como uma abordagem diferenciada do Estado em relação aos

indivíduos, com base no princípio da não neutralidade e da intervenção no domínio econômico visando alcançar uma sociedade mais igualitária.

A Constituição brasileira de 1988 foi elaborada com a intensa participação da sociedade civil. Representou compromissos acordados entre diferentes setores sociais e um compromisso maximizado, por meio do qual diferentes setores conseguiram a constitucionalização de seus interesses substanciais. A intensa constitucionalização e os compromissos assumidos resultaram na expansão de direitos, mas também tiveram efeitos colaterais indesejados, como o próprio envelhecimento prematuro do texto constitucional (VILHENA, 2006).

De fato, a Constituição brasileira inaugurou um novo paradigma de dupla dimensão: a) o compromisso com a efetividade de suas normas; e b) o desenvolvimento de uma dogmática de interpretação constitucional (BARROSO, 2001). Esse paradigma permitiu reconhecer a força normativa e o caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superando a concepção anterior de que a Constituição é apenas um conjunto de aspirações políticas e mera convocação aos poderes públicos.

Conforme defendido pelo ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, Luís Roberto Barroso, "as transformações do modelo constitucional brasileiro projetaram a Constituição para o centro do sistema jurídico, alterando significativamente a posição do Código Civil, que perdeu sua preeminência, inclusive no âmbito das relações privadas, onde foram formados diferentes microsistemas (do consumidor, da criança e do adolescente, direito de família)" (BARROSO, 2001, *online*).

Da mesma forma que ocorre em diferentes ramos do direito infraconstitucional, no que diz respeito ao direito de família, a experiência brasileira é marcada pela presença de normas diretrizes (FIORAVATI apud PRIETO, 2007). Essas normas ampliam a concepção de família e os direitos das pessoas envolvidas nas relações familiares contemporâneas, as quais são reinterpretadas sob a ótica constitucional e com o objetivo de consagrar valores enunciados pela Constituição.

Os valores acolhidos pela Constituição são uma das determinações mais fortes ou essenciais da própria Constituição e funcionam como a identidade do texto constitucional e contribuem para sua demarcação ideológica (FERREIRA DA CUNHA, 2007). A Constituição brasileira concedeu uma proteção abrangente às famílias, independentemente da celebração do casamento, reconhecendo o conceito de "entidade familiar" em relação aos laços afetivos. A redação constitucional faz menção explícita às uniões entre homens e mulheres, bem como às relações entre ascendentes e seus descendentes. Como afirma Paulo Lôbo (2002), o artigo 226

do texto constitucional contém uma cláusula geral de inclusão¹, que impede a exclusão de qualquer entidade que cumpra os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade (LOBO, 2002)

O conceito de família foi pluralizado pelo texto constitucional brasileiro e, como tal, não se restringe às hipóteses de celebração do casamento. No que diz respeito às uniões entre pessoas do mesmo sexo, a questão foi objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil em 2011. Desde então, a jurisprudência consolidou o reconhecimento abrangente dessas famílias, com base na proibição de qualquer tratamento discriminatório, possibilitando abrir uma construção jurisprudencial em torno de direitos LGBTQIAPN+.

A proibição de tratamento discriminatório não decorre apenas do texto constitucional. Isso está previsto na Convenção Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos da ONU, bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, das quais o Brasil é signatário. Conforme descrevem os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil², os tratados e convenções internacionais aprovados pelo Congresso Nacional e assinados são equivalentes às emendas constitucionais e fazem parte do ordenamento jurídico.

A questão das uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil em um marco histórico em um processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.277), julgado em conjunto com uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132) em 2011. Seus argumentos e postulados derivados são o foco das próximas considerações, evidenciando que esse reconhecimento na jurisprudência exemplifica o intenso processo de transformação pelo qual o direito de família está passando no Brasil.

¹ Art. 226 CF/88 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1o. O casamento é civil e gratuito a celebração. § 2o. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3o. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4o. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5o. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6o. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional no. 66, de 2010) § 7o. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8o. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

² §1o. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. §2o. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3o. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional no. 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG no. 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018). § 4o. O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional no. 45, de 2004).

3 O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO BRASIL: uma mutação interpretativa jurisprudencial

Conforme indicado, a legislação brasileira adotou a tese da predominância normativa da Constituição, com profundas rupturas na tradicional estrutura conceitual clássica do direito privado. O exemplo mais expressivo no âmbito do direito de família refere-se ao reconhecimento pela jurisprudência constitucional brasileira da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Para os propósitos deste trabalho, usaremos o caso das uniões entre pessoas do mesmo sexo como um exemplo paradigmático dos efeitos da Constituição nas relações entre particulares e, conseqüentemente, na proteção legal concedida pelo Estado sobre o assunto. Esse caso simboliza a interpretação da Suprema Corte brasileira sobre uma controvérsia decorrente da ausência de legislação específica. Além disso, tem impulsionado efeitos na adoção de resoluções orientativas para o funcionamento do sistema judiciário como um todo.

Identificamos a decisão da Suprema Corte brasileira como uma forma de mutação interpretativa jurisprudencial, pois, apesar da influência da própria Constituição na adoção do novo Código Civil em 2002, o Código Civil brasileiro também foi omissivo em relação às uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo.

No Brasil, ainda não há legislação específica de proteção para famílias formadas por pessoas do mesmo sexo. O Código Civil de 2002 reconhece a entidade familiar originada pela união civil entre homem e mulher, desde que comprovada a convivência pública, contínua e duradoura, com a intenção de constituir ou formar uma família. Essa regra estipulada no artigo 1.723 do Código Civil foi contestada por uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI 4277, perante a Suprema Corte brasileira.

O sistema constitucional brasileiro garante o controle de constitucionalidade pela Suprema Corte, que tem o papel de verificar a inconstitucionalidade das leis. No caso em questão, de natureza constitucional, a Suprema Corte foi chamada a avaliar a constitucionalidade do artigo 1723 do Código Civil. A ação central buscava o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, afastando assim a interpretação tradicional de que a diversidade de sexos era um requisito essencial para a formação da família, nos termos do artigo 1723 do Código Civil brasileiro.

A decisão proferida em maio de 2011 (BRASIL, 2011, *online*), por votação unânime (dez votos a zero), fundamentou-se principalmente no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, sustentando o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar legítima, sujeita ao mesmo regime jurídico da união civil de casais heterossexuais.

A decisão de 2011 utilizou os princípios constitucionais da não discriminação e da liberdade sexual como filtros interpretativos. Nesse sentido, destaca-se o voto do ministro Ayres Britto ao mencionar: "O sexo das pessoas, salvo disposição em contrário, não pode ser prestado para desigual ação jurídica. A posição homogênea e consensual de todos os ministros da Suprema Corte revela o fim dos preconceitos, o fortalecimento da igualdade e a presença de uma vertente pós-positivista na jurisprudência constitucional brasileira no âmbito do direito de família" (BRASIL, 2011, *online*).

Essa decisão constitui uma modalidade de mutação interpretativa jurisprudencial³ (SPOSATO, 2019), pois influenciou tribunais inferiores a concederem o mesmo reconhecimento e até mesmo a conversão de uniões entre pessoas do mesmo sexo em casamentos civis, de acordo com a regra do artigo 1726, também do Código Civil de 2002, que permite que um casal que vive em união contínua converta seu regime em um casamento civil por meio de uma petição ao juiz. Outra consequência de grande importância da decisão é a Resolução n. 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que determina que todos os cartórios de registro civil do país devem proceder com os processos de conversão de uniões contínuas em casamentos civis quando solicitados pelos parceiros (BRASIL, 2013, *online*).

Assim, hoje no Brasil, embora não exista uma norma legal específica, o casamento entre pessoas do mesmo sexo é admitido em decorrência de um precedente judicial que conferiu uma interpretação conforme à Constituição, proibindo qualquer forma de discriminação.

3.1 A decisão do Supremo Tribunal Federal

O principal pedido apresentado na ADI 4277 foi a interpretação do artigo 1723 do Código Civil, de maneira adequada ou em conformidade com o artigo 226 da Constituição Federal de 1988. O ponto central da demanda era que o artigo 1723 do Código Civil também poderia ser aplicado ao reconhecimento de uniões entre pessoas do mesmo sexo, desde que

³ O fenômeno da mutação constitucional ocorre quando há uma modificação na interpretação de determinada norma constitucional sem que ocorra uma alteração no seu texto sendo estabelecido, portanto, um novo sentido ao conteúdo existente.

atendidos os requisitos da união civil heterossexual (afetividade e estabilidade, com o propósito de formar uma família).

Quando passamos à leitura dos dispositivos, identificamos que o legislador infraconstitucional reproduziu o artigo da Constituição, apenas adicionando as condições para o reconhecimento das uniões. Portanto, em razão dessa literalidade textual, a decisão do Supremo Tribunal Federal estava no dilema de incidir em declarar inconstitucional o próprio conteúdo da constituição. Tendo isso em vista, a interpretação majoritária da Corte Suprema, na referida ação, aplicou a interpretação conforme à Constituição aplicando vários outros dispositivos constitucionais (igualdade, dignidade da pessoa humana etc.).

Portanto, considera-se que a interpretação como uma inovação hermenêutica, uma mutação interpretativa no campo constitucional, pois o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de um dispositivo do próprio texto constitucional.

Essa abordagem introduziu ao debate, a teoria da hierarquia das normas constitucionais e a possibilidade subsequente de inconstitucionalidade de normas constitucionais. Uma vertente amplamente rejeitada até então pelo próprio Tribunal brasileiro. A tese agora aceita parte da hipótese de uma norma constitucional se tornar inconstitucional quando ocorre a violação de valores fundamentais de justiça. Ela sedimenta a ideia de um direito supralegal na própria Constituição, levando a crer que os valores em contradição com determinadas normas devem prevalecer. Posteriormente, a coexistência de normas contraditórias com princípios e valores se torna insustentável.

Uma minoria dos ministros fundamentou sua posição na interpretação sistemática da Constituição, aplicando analogamente as normas sobre uniões heterossexuais às uniões entre pessoas do mesmo sexo, até que o legislador cumpra seu dever de regulamentação (BRASIL, 2011).

O ministro relator, Carlos Ayres Britto, argumentou em seu voto sobre o artigo 3º, inciso IV, que a Constituição brasileira proíbe qualquer discriminação com base em sexo, raça, cor e que, sendo assim, nenhum cidadão pode ser discriminado ou diminuído devido à sua orientação sexual: "o sexo das pessoas, salvo disposição em contrário, não se presta para a desigualação jurídica" (BRASIL, 2011, *online*). Portanto, desvalorizações relativas às uniões entre pessoas do mesmo sexo contrariam este artigo da Constituição (BRASIL, 2011).

Os demais ministros acompanharam o ministro relator, ressaltando a necessidade de excluir significados do artigo 1723 do Código Civil que possam impedir o reconhecimento de uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares. A seguir, são destacados os

elementos mais importantes presentes nos votos e nas sustentações orais proferidas na ocasião, pelo constitucionalista Luis Roberto Barroso, hoje também ministro do Supremo Tribunal Federal no Brasil.⁴

3.2 Sustentação oral

A sustentação oral do professor Luís Roberto Barroso ocorreu na sessão de 04 de maio de 2011. Entre os argumentos utilizados, destaca-se a ideia central de que as relações homossexuais detêm o mesmo regime jurídico das uniões civis convencionais. Essa conclusão decorreria de um conjunto de princípios aplicáveis, como o princípio da igualdade: as pessoas têm os mesmos direitos a serem tratadas com igual respeito e consideração. Os pressupostos de uma união homossexual são os mesmos de uma união estável: afeto e projeto de vida em comum. O não reconhecimento significaria depreciar tais pessoas, já que seu afeto seria menos valorizado pela sociedade e pelo próprio Estado (o que violaria o aspecto essencial da igualdade, que é não ser discriminado) (BRASIL, 2011, *online*).

Além disso, foi indicado o princípio da liberdade que corresponde ao poder fazer tudo o que a lei não proíbe (as relações homossexuais e a homossexualidade são fatos lícitos) e o princípio da dignidade da pessoa humana: ninguém deve ser tratado como meio para realizações de projetos alheios, mas sim como um fim em si mesmo. Impedir as pessoas de exercerem seu afeto e sua sexualidade significa instrumentalizá-las com vistas à consecução de metas coletivas.

3.3 Voto do Ministro-Relator

O primeiro passo realizado pelo ministro relator foi a unificação das ações ADPF 132 e ADI 4277. A premissa central do voto relatado foi a consideração da autonomia sexual como instituto jurídico, expressão da liberdade da pessoa humana, e, por isso, sua consideração como bem ou direito da personalidade. Em resumo, destacam-se os seguintes pontos do voto:

- i. A Constituição proíbe o preconceito em razão do sexo, ou da diferenciação natural entre homens e mulheres. Portanto, nenhum dos fatores acidentais ou fortuitos (idade, cor ou raça) pode ser usado como justificativa para menosprezar alguém.

⁴ O conteúdo completo compreende 270 páginas. Disponível em: <http://bit.ly/2muy9go>.

- ii. A pertença de gênero é um fato imponderável, não admitindo motivos para a discriminação, especialmente quando esta está relacionada à sexualidade.
- iii. A liberdade para dispor da própria sexualidade se insere no papel dos direitos fundamentais, pois é expressão da autonomia da vontade; sendo uma emanção direta do princípio da dignidade da pessoa humana.

O voto do Ministro Relator se caracterizou por ser de matiz conceitual, fundamentado na preservação do princípio da igualdade entre os cidadãos, não admitindo formas de diferenciação discriminatórias (BRASIL, 2011, *online*).

3.4 Votos dos ministros do colegiado

Na sessão de 05 de março de 2011, os ministros do Supremo Tribunal Federal do Brasil reconheceram, por unanimidade, a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. A análise dos votos e seus principais argumentos utilizados podem ser resumidos em dez postulados (BRASIL, 2011, *online*):

1. A união homossexual está contida no conceito de família;
2. Os princípios constitucionais fundamentam o pluralismo social e político (artigo 1º, IV, CF/1988) e as escolhas livres das pessoas são legítimas e válidas, não havendo espaço para discriminações com base na orientação sexual;
3. A orientação sexual é um direito fundamental da pessoa humana;
4. O direito de família constitucionalizado reconhece três modalidades de família: a constituída pelo casamento, a formada pela união estável e a família monoparental (comunidade formada por apenas um dos pais e seus descendentes);
5. O relacionamento homossexual com o propósito de formar uma família corresponde a uma quarta modalidade, não prevista expressamente no artigo 226 da Constituição Política;
6. A decisão do Supremo Tribunal cumpre a função de garantir direitos fundamentais de todas as pessoas diante da omissão do Poder Legislativo;
7. As lacunas axiológicas do sistema constitucional devem ser supridas por meio de interpretação analógica, levando em consideração que a proteção conferida pelo texto constitucional às uniões entre homens e mulheres não exclui a mesma proteção para as uniões entre pessoas do mesmo sexo;

8. A configuração das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar está condicionada aos mesmos requisitos de durabilidade do relacionamento, ausência de clandestinidade e impedimentos;
9. O reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo deve ser acompanhado de outras garantias relacionadas a direitos patrimoniais e sucessórios para casais homossexuais;
10. É necessário estabelecer uma separação entre direito e moral como garantia do pleno exercício da liberdade sexual dos indivíduos;
11. O reconhecimento do mesmo regime jurídico das uniões civis convencionais para as uniões entre pessoas do mesmo sexo deriva da incidência direta dos princípios de igualdade, não discriminação, dignidade, segurança jurídica e busca da felicidade como garantia da dignidade humana.

4 EFEITOS CONSTITUCIONAIS E MUDANÇAS NO DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL

As disposições constitucionais elevaram a proteção das famílias ao status de regra constitucional, exigindo mudanças em todo o sistema jurídico. As mudanças experimentadas no direito de família, por razões didáticas, podem ser compreendidas em três categorias distintas: mutações interpretativas jurisprudenciais, mutações normativas e mutações interpretativas no âmbito doutrinário. Todas se complementam, se entrelaçam e, juntas, revelam um novo direito de família que se integra à Constituição (constitucionalizado) e se torna muito mais aberto aos princípios e fundamentos de um direito civil constitucional contemporâneo.

Aqui, utiliza-se a expressão "mutação", baseada nos trabalhos de Paula Branco e João Pedroso, professores do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, que descrevem em diversos artigos científicos a rápida alteração das estruturas familiares em um contexto de globalização de alta intensidade em todo o Ocidente, operando, assim, mudanças genuínas no direito de família nessa região (PEDROSO, CASALEIRO, BRANCO, 2008).

O processo de mudanças descrito por Pedroso, Casaleiro e Branco (2008) pode ser observado no Brasil por meio de uma série de decisões recentes e legislações no campo do direito de família, as quais tiveram um impacto significativo nas mudanças das práticas judiciais, administrativas e até mesmo sociais.

As chamadas mutações ocorridas no direito de família brasileiro estão profundamente conectadas ao fato de que a Constituição Federal de 1988 iniciou uma verdadeira revolução

jurídica, inclusive no âmbito do direito civil. A democratização e o caráter programático, social e dirigente da Carta Constitucional brasileira projetaram novas rotas epistemológicas para a doutrina e jurisprudência. Assim, começou o que é conhecido como a marcha da despersonalização e despatrimonialização do direito civil. E embora sejam lentas e graduais, as mudanças são bastante substanciais (ARONNE, 2006).

Nesse cenário, o Código Civil brasileiro de 2002 introduziu transformações significativas que se aproximam dos novos ditames da sociedade pós-moderna (LOBO, 1999). Os princípios da eticidade, socialidade e operabilidade presentes nele constituem cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que, dependendo de avaliação, exigem o estabelecimento de conexões interpretativas com a Constituição.

A interpretação constitucional do Código Civil de 2002 está moldando uma nova ordem jurídica que inverte a posição tradicional de vê-lo como uma espécie de "Constituição do cidadão", esquecendo assim os princípios e regras emanados da própria Constituição. Pelo contrário, todo o ordenamento é constitucionalizado, e a estrutura de princípios da Constituição é aquela que constrói o sistema, concedendo-lhe suas bases axiológicas.

Compreender esse movimento de transformação do direito de família no Brasil implica, por sua vez, entender que a esfera de atuação dos juízes, como intérpretes, permite adaptar e atualizar o próprio direito no momento e em casos concretos. Trata-se de adotar a concepção de Pasqualini de que a ordem jurídica só se torna presente e atual no mundo da vida através da luz temporalizada da hermenêutica. Conforme o autor: "São os intérpretes que possibilitam ao sistema sistematizar e, por consequência, ao significado, significar" (PAAQUALINE, 2003, *online*).

Embora as mudanças legislativas e doutrinárias não sejam exatamente o foco desta reflexão, é importante mencionar que as mudanças legislativas estão relacionadas ao processo de elaboração do Código Civil em vigor no Brasil. O Anteprojeto e o Projeto do Código Civil de 2002 foram elaborados antes da Constituição de 1988, e sua tramitação no Parlamento levou aproximadamente três décadas. Portanto, parte da doutrina considera que o Código Civil de 2002 acabou por conferir um tratamento ambíguo e confuso ao direito de família, devido à difícil conciliação entre dois paradigmas opostos: o paradigma do projeto de 1969-1975 e o paradigma constitucional. Por essa razão, após sua aprovação, diversos outros projetos de lei foram adotados para corrigir suas eventualidades.

Um exemplo significativo de mutação legislativa é a mudança na redação do parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal⁵, como resultado de uma reforma constitucional estabelecida pela Emenda Constitucional nº 66 de 2010. Essa reforma tornou a separação judicial desnecessária e eliminou os requisitos subjetivos ou objetivos para a realização do divórcio. Posteriormente, em decorrência dessa reforma constitucional, um conjunto de regras e artigos do Código Civil de 2002 foi completamente revogado.

Dessa forma, o sistema dualista de dissolução do casamento foi eliminado, adotando-se o divórcio como a única via. Além disso, não se discute mais a culpa ou a causa da dissolução, o que demonstra a redução da interferência estatal na vida dos indivíduos e na autonomia privada. Trata-se de uma desinstitucionalização do direito de família por meio da facilitação do divórcio direto quando desejado pelo casal.

Por sua vez, o divórcio "facilitado" está reduzindo significativamente os procedimentos do Poder Judiciário. Por divórcio facilitado, entende-se o rompimento do vínculo conjugal pelos indivíduos sem a necessidade de discutir os motivos da dissolução. A Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2007 (em virtude da Lei nº 11.441 do mesmo ano) adota a possibilidade de divórcio extrajudicial consensual, quando o casal é assistido por um advogado ou defensor público e não existem filhos menores de idade ou incapazes.

Houve, também, a adoção da Resolução No. 175 de 2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe (BRASIL, 2013):

Artigo 1º. É vedado às autoridades competentes recusar a habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de uniões estáveis em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Artigo 2º. A recusa prevista no artigo 1º implicará comunicação imediata ao respectivo juiz corregedor para adoção das providências cabíveis.

O conteúdo da Resolução No. 175/2013/CNJ se dirigiu às negações de cartórios para habilitar e celebrar casamentos civis de casais homossexuais; ou também à negação de conversão de uniões entre pessoas do mesmo sexo em casamento civil. Após a providência, permite-se que o casal homossexual comunique o caso ao juiz corregedor para a devida execução da resolução, incluindo a abertura de um processo administrativo por descumprimento da norma.

⁵ § 6o. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional no. 66, de 2010).

Outra mudança legislativa muito importante diz respeito à Lei nº 13.058 de 2014, que estabelece a igualdade parental, refletindo alterações nos artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil brasileiro. O resultado principal é a regra da guarda compartilhada entre os pais. A guarda unilateral dos filhos, concedida a apenas um dos genitores, tornou-se exceção, sendo justificada somente na impossibilidade de um dos pais. Assim, a presunção legal corresponde à guarda compartilhada de forma automática.

A doutrina especializada em direito de família no Brasil tem sido criticada por não explorar todas as possibilidades de um novo horizonte interpretativo (ARONNE, 2006). Nos últimos anos, pode-se notar uma transformação mais interna do que externa no direito civil como um todo, e especialmente no direito de família. As advertências de Perlingieri (1997) em relação à concepção do sistema jurídico por meio de modelos ou categorias binárias, considerando o ordenamento jurídico como um conjunto de normas jurídicas isoladas da realidade e de sua aplicação jurisprudencial, ou desconectadas entre si, às vezes direito público, às vezes direito privado, ora conforme os diversos setores de produção normativa, microsistemas. Se o ordenamento é um ordenamento, sua unidade é intrínseca, cabendo ao texto constitucional o papel de unificar o sistema e harmonizar as fontes.

Ademais, é evidente um profundo diálogo normativo doutrinal entre o direito de família e o direito constitucional. Esse diálogo se intensifica devido aos princípios jurídicos aplicáveis ao direito de família, a partir do Código Civil de 2002. Quando a família passa a ser concebida pela doutrina como um espaço de afeto e desenvolvimento social, reforça-se a importância da proteção jurídica das relações afetivas familiares a partir de novos elementos como a afetividade, a desformalização das relações afetivas e as uniões ou casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Tendências doutrinárias (como as de Lôbo, Tepedinno e Dias) estão sendo gradualmente incorporadas pela jurisprudência ou pela legislação mais recente. A construção de uma compreensão do direito privado implica compreender a densificação dos elementos do sistema em sua unidade axiológica. A percepção da doutrina sobre seu papel é, em última análise, um elemento para facilitar a operacionalização da norma constitucional, tanto em sua eficácia vertical quanto horizontal.

O caso do reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo no Brasil oferece um exemplo paradigmático de uma decisão com efeitos na doutrina, na elaboração legislativa e, especialmente, na consolidação da jurisprudência em prol da população LGBTQIAPN+ visto que a decisão da união homoafetiva abriu portas para que a jurisdição

constitucional enfrentasse demais questões concernentes aos direitos fundamentais desses indivíduos.

O reconhecimento da vulnerabilidade de minorias sexuais permitiu levar o Supremo Tribunal Federal a decidir, por exemplo, pela interpretação de que a homotransfobia encaixaria em uma manifestação de racismo social, em meio ADO 26 (BRASIL, 2019). Ademais, decisões como a que permitiu o registro civil de pessoas transexuais na ADI 4.275 e que declarou inconstitucional as normas de direito sanitário que impediam que a doação de sangue de homens que fazem sexo com outros homens na ADI 5.543 indica existir avanços no rompimento da condição estigmatizante que perpassa essa população (SOUZA; ABREU; SPOSATO, 2019).

Como consequência direta da decisão estudada que considerou as uniões homoafetivas como uma entidade familiar passível de proteção do direito de família e não do direito obrigacional, tendo em vista que essa era a compreensão anterior aplicada nos tribunais superiores, questões como a da homoparentalidade e da adoção de crianças por pessoas LGBTQIAPN+ indicam uma centralidade do STF (SOUZA; ABREU; SPOSATO, 2019) nas conquistas citadas, tendo em vista a ausência de instrumentos normativos. Ademais, os avanços proporcionados no direito de família brasileiro servem de instrumento para que exista uma tutela jurídica adequada quando constatamos uma diversidade de entidades familiares existentes.

Considerações finais

O breve estudo destacou a decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo e seu reconhecimento jurídico como entidade familiar no contexto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277). Utilizou-se o conceito de mutação interpretativa jurisprudencial como categoria de análise para demonstrar que os argumentos adotados na decisão têm como base os valores constitucionais reconhecidos pela Constituição Federal de 1988. Especificamente, o princípio da igualdade e não discriminação foi o elemento hermenêutico condutor da fundamentação.

A votação unânime da Corte Suprema brasileira conformou uma nova abordagem interpretativa da Constituição, reconhecendo a teoria da hierarquia das normas constitucionais e a consequente possibilidade de inconstitucionalidade de normas constitucionais. Além disso, a decisão preenche a lacuna legislativa, permitindo a aplicação analógica das normas relativas

a uniões heterossexuais para uniões entre pessoas do mesmo sexo, até que o legislador cumpra seu dever de regulamentação.

Considerada uma mutação interpretativa jurisprudencial, a decisão do Supremo Tribunal Federal procura se adequar às mudanças vivenciadas pelas famílias contemporâneas, como a igualdade e a simetria dos papéis familiares, a democracia nas relações familiares, o investimento das mulheres em suas carreiras profissionais, a informalização, a individualização das relações familiares e a centralidade afetiva das crianças, entre outros aspectos

Esse novo repertório impacta o direito de família que ao ser constitucionalizado passa a consagrar o princípio da igualdade jurídica, a democratização da vida familiar e a igualdade de gênero. A decisão reflete a valorização do afeto em detrimento da hierarquia e da tradição, propondo uma releitura do direito civil à luz da Constituição. Os princípios identificados pela análise da argumentação utilizada pelo STF apontam para uma nova hermenêutica constitucional em assuntos familiares, com efeitos que transcendem o campo judicial.

Ao identificar uma posição de centralidade do Supremo Tribunal Federal nos avanços dos direitos LGBTQIAPN+, especialmente considerando a relevância em romper com contextos de discriminação, cabe questionar se ainda é necessário um novo conjunto de leis, visto que há uma omissão das casas legislativas na tratativa dessas temáticas, para casais homossexuais ou se o impacto da decisão do Supremo Tribunal é suficiente para garantir os direitos dessa população. Esse parece ser o debate dos próximos anos, considerando a acirrada disputa que permeia a esfera legislativa do Congresso brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARONNE, R. **Direito Civil-Constitucional e Teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Liv. do Adv., 2006.

BALAGUER C., F., **A Projeção da Constituição sobre o Ordenamento Jurídico**, Trad. Paulo Roberto Barbosa Ramos. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, L. R. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. In: **Revista de la Sociedad Española de Medicina de Urgencias y Emergencias**, Vol. 4, nº 15, 2001, p. 11-47.

BRASIL. **[Constituição (1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 6.583/2013, de 16 de outubro de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados,

2013. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no 26 DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Data de julgamento: 13/06/2019, [2019b]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 23 out. 2022.

CARBONELL M. **Neoconstitucionalismo(s)**. España: Trotta, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução nº. 175**, de 14 de maio de 2013. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, DJE/CNJ nº 89/2013, de 15/05/2013, p. 2.

FERRAJOLI, L. **Pasado y futuro del Estado de derecho**. In: CARBONELL, M. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*.

FERRAJOLI, L. **Sobre los Derechos Fundamentales**. In: CARBONELL, M. (coord.). *Teoría del Neoconstitucionalismo*, España, Trotta, 2007.

FERREIRA DA CUNHA, P. **A Constituição Viva: Cidadania e Direitos Humanos**, Porto Alegre, Liv. do Advo, 2007.

GUASTINI, R. **La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso italiano**. In: CARBONELL, M. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, España, Trotta, 2003.

GUASTINI, R. **Sobre el concepto de Constitución**. In: CARBONELL, M., *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.

LÔBO, P. L. N. **Constitucionalização do Direito Civil**. *Revista de Informação Legislativa*, Vol. 36, No. 141, 1999.

LÔBO, P. L. N. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do Numerus Clausus**. ANAIS IBDFAM, 2002. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf.

PAAQUALINI, A. **Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do Direito**. Porto Alegre: Liv. do Adv., 1999.

PEDROSO, J., CASALEIRO, P. y BRANCO, P. **Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal**. *Revista Crítica de Ciências Sociais (RCCs)*, Vol. 82, 2008, p. 53-83.

PERLINGIERI, P. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PRIETO S., L. **El Constitucionalismo de los Derechos**. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: TROTTA, 2007.

SILVA NETO, M. J. **Curso de Direito Constitucional**, 2a. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

SPOSATO, Karyna Batista. **El reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo en Brasil, como reflexo de las mutaciones del derecho de familia.** *In:* La Constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas. Editores Nicolás Espejo Yaksic, Ana María Ibarra Olguín. Primera edición. Ciudad de México, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.

STF. **ADI 4277.** Número Único: 0006667-55.2009.0.01.0000. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Origem: DF - DISTRITO FEDERAL. Relator: MIN. AYRES BRITTO. Redator do acórdão: Relator do último incidente: MIN. LUIZ FUX (ADI-ED). Apenso Principal: ADPF132. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. Djen. 198. Divulgação 13/10/2011. Publicação 14/10/2011. Ementário nº 2607-3.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. **A nova família: problemas e perspectivas.** Rio de Janeiro: Renovar, p. 48, 1997. Disponível em: <http://bit.ly/2mtm2Ae>.

VILHENA V., Oscar. **A Globalização e o Direito.** Realinhamento Constitucional, 2006. Disponível em: <http://bit.ly/2kX2116>.

ZAGREBELSKY, G. **Manuale di diritto costituzionale I.** Italia, Giappicheli, 1991.