



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE ARTES E COMUNICAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS
MESTRADO

Jaqueson Antonio da Silva

“NÃO SE SEPARA POR UM PARÁGRAFO O QUE A VIDA UNIU PELO AFETO”:
Análise das estratégias discursivas na construção do sentido de família homoafetiva na ADI
4.277 e ADPF 132

Recife
2018

JAQUESON ANTONIO DA SILVA

“NÃO SE SEPARA POR UM PARÁGRAFO O QUE A VIDA UNIU PELO AFETO”:

Análise das estratégias discursivas na construção do sentido de família homoafetiva na ADI
4.277 e ADPF 132

Dissertação apresentada à Coordenação do
Programa de Pós-Graduação em Direitos
Humanos da Universidade Federal de
Pernambuco, para a obtenção do título de
Mestre, sob orientação do Profº Dr. Artur
Stamford da Silva

Recife
2018

Catálogo na fonte
Bibliotecário Jonas Lucas Vieira, CRB4-1204

S586n Silva, Jaqueson Antonio da
“Não se separa por um parágrafo o que a vida uniu pelo afeto”: análise das estratégias discursivas na construção do sentido de família homoafetiva na ADI 4.277 e ADPF 132 / Jaqueson Antonio da Silva. – Recife, 2018.
110 f.: il.

Orientador: Artur Stamford da Silva.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Artes e Comunicação. Direitos Humanos, 2018.

Inclui referências.

1. Direitos humanos. 2. Família homoafetiva. 3. Decisão jurídica. 4. STF. 5. Discursos constituintes. I. Silva, Artur Stamford da (Orientador). II. Título.

341.48 CDD (22.ed.) UFPE (CAC 2018-113)

JAQUESON ANTONIO DA SILVA

NÃO SE SEPARA POR UM PARÁGRAFO O QUE A VIDA UNIU PELO AFETO:

Análise das estratégias discursivas na construção do sentido de família homoafetiva na ADI
4.277 e ADPF 132

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal de Pernambuco, como parte dos requisitos obrigatórios para a obtenção do grau de mestre, 28/02/2018.

DISSERTAÇÃO APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Artur Stamford da Silva
Orientador – PPGDH/UFPE

Prof. Dra. Virginia Leal - PPGDH/UFPE
Examinadora Interna

Prof^ª. Dra. Fabíola Albuquerque Lôbo – PPGD/UFPE
Examinadora Externa

Para os meus sobrinhos Duda e Biel, os quais amo
como filhos.

AGRADECIMENTOS

Toda forma de agradecimento é uma oração.

Agradeço, ao concluir esta etapa, à Deus, Senhor soberano e Criador de todas as coisas, pela sabedoria dada e pela coragem para enfrentar cada barreira colocada na minha caminhada.

À minha família, em especial aos meus pais, meu norte. Tudo o que eu fiz até hoje é deles e para eles. Agradeço as orações dos meus pais e a força de suportar um filho longe de casa para conquistar seus objetivos.

À minha irmã e meus sobrinhos, amores da minha vida.

À minha Tia Ceíça e à minha prima Bia pelo apoio e compreensão nesses anos. À Alcina, pelos cafés e orações.

Aos meus amigos de ontem e de hoje. Aqueles que se fizeram presentes desde o início dessa caminhada, aos que se perderam e aos que permaneceram. Cada um de vocês tem um valor inestimável na minha vida muito maior que imaginam, pois nessa vida quem tem amigos tem tudo. Em especial aos queridos Josinaldo Bernardo, pela companhia e conversas sobre a pós-graduação, a Amanda Machado, pela paciência da minha amizade, amo vocês, A José Veranildo pela ajuda nas fases finais do trabalho e a Junior Lima pelo apoio e confiança na conclusão deste trabalho. Agradeço, ainda, aos amigos da 4ª Turma do PPGDH pela caminhada que iniciamos juntos e terminamos juntos, em especial a Liana, Marina, Mariana, Emerson, Tânia, Henrique e Walerya.

Agradeço aos colegas de trabalho e em especial aos meus chefes Des. José Viana Ulisses Filho e Melquisete Santos pelo apoio e pela compreensão.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal de Pernambuco, pela coragem ao enfrentar os problemas dos escassos financiamentos e pela sensibilidade em tratar de um tema tão caro nos dias de hoje.

Por fim, ao meu orientador, Prof. Dr. Artur Stamford, pelo acolhimento, por ter abraçado o meu projeto de pesquisa e por todos os ensinamentos, meus mais sinceros agradecimentos. À Karla e a Ênio, sempre presentes e prestativos. E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte dessa minha trajetória acadêmica no PPGDH, meu muito obrigado.

RESUMO

A perspectiva jurídica de família, no Brasil, reconhece diversos arranjos de uniões entre os seres humanos. Partindo do fundamento constitucional da garantia de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, bem como do instituto jurídico da “interpretação conforme a Constituição”, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em 2011, pelo acréscimo da união entre pessoas do mesmo sexo à expressão “entidade familiar”. Ao problematizarmos o significado lexical do termo ‘família’ no discurso jurídico, tomamos por objetivo analisar as estratégias discursivas na construção do sentido de família homoafetiva na ADI 4.277 e ADPF 132. Para o desenvolvimento deste trabalho foram extraídas questões teóricas atinentes ao direito das famílias, da literatura jurídica e sociológica, por meio de pesquisa bibliográfica. No primeiro momento desta dissertação, dedicamos a nossa atenção ao estudo das questões históricas e teóricas atinentes ao direito das famílias, explorando o perfil constitucional atual da família no Brasil, bem como a construção do sentido de família na doutrina jurídica, por meio da revisão de literatura. Em seguida, nos debruçamos acerca das representações de sexo e gênero, discorrendo sobre a hegemonia patriarcal e o heterossexismo, focalizando na Teoria Queer e os estudos de sexo e gênero. Discutimos também os direitos reprodutivos e sexuais como constituintes da esfera dos direitos humanos para a formação de uma sociedade plural e democrática. Uma vez obtidos os dados da pesquisa, analisamos o corpus a partir da sua construção, sua organização e suas funções discursivas, considerando os contextos sociais, o lugar de fala e sua influência no direito. Além do mais, abordamos a construção do discurso da família pelo Supremo Tribunal Federal por meio da análise do discurso, fundamentada na Análise do Discurso Constituinte de Dominique Maingueneau (2000).

Palavras-chave: Direitos Humanos. Família Homoafetiva. Decisão Jurídica. STF. Discursos Constituintes.

ABSTRACT

The juridical perspective of the family in Brazil recognizes various arrangements of unions between human beings. On the basis of the constitutional guarantee of a fraternal, pluralistic and unprejudiced society, as well as of the juridical institute of "interpretation according to the Constitution", the Federal Supreme Court decided in 2011 to add the union of persons of the same sex to the expression "family entity". When discussing the lexical meaning of the term 'family' in the legal discourse, we aim to analyze the discursive strategies in the construction of the sense of homoaffective family in ADI 4.277 and ADPF 132. For the development of this work, theoretical questions related to family law, juridical and sociological literature were extracted through bibliographic research. At first, we will focus on the study of historical and theoretical issues related to family law, exploring the current constitutional profile of the family in Brazil, as well as the construction of the sense of family in legal doctrine, through the revision of literature. Then we focus on the representations of sex and gender, discussing patriarchal hegemony and heterosexism, focusing both on Queer Theory and studies of sex and gender. We will also discuss reproductive and sexual rights as constituents of the human rights sphere for the formation of a plural and democratic society. Once the research data is obtained, we analyze the corpus from its construction, its organization and its discursive functions, considering the social contexts, the place of speech and its influence in the law. In addition, we approach the construction of the family discourse by the Federal Supreme Court through discourse analysis, based on Dominique Maingueneau's (2000) Constituent Discourse Analysis.

Key-words: Human Rights. Homoaffective Family. Legal Decision. STF. Constituent Speeches.

LISTA DE TABELAS

Tabela 01 – Família Homoafetiva – Produção por tipos.....	12
Tabela 02 – Reconhecimento da Família Homoafetiva - Produção por área.....	12
Tabela 03 – ADI 4.277 e ADPF 132 – Produção por tipos.....	13
Tabela 04 – Princípios aplicáveis às relações familiares Paulo Lôbo.....	27
Tabela 05 – Princípios aplicáveis as relações familiares.....	28
Tabela 06 – Princípio da Afetividade- Produção por Tipos.....	33
Tabela 07 – Resumo dos principais argumentos utilizados nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.277 e ADPF 132 para a construção do sentido de família homoafetiva.....	94

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 01 – Arranjos Familiares no Brasil.....	32
Gráfico 02 – Denúncias de Violência LGBTfóbicas.....	59
Gráfico 03 – Perfil das violações LGBTfóbicas.....	60

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AIDS	<i>Acquired Immunodeficiency Syndrome</i> - Síndrome da Imunodeficiência Adquirida]
APUD	<i>citado por</i>
CCB/02	Código Civil Brasileiro de 2002
CCB/16	Código Civil Brasileiro de 1916
CID-10	Classificação Internacional de Doenças
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EC	Emenda Constitucional
HIV	<i>Human Immunodeficiency Virus</i> - Vírus da Imunodeficiência Humana
LGBTTT	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis e Transgêneros
OMS	Organização Mundial de Saúde
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS DA FAMÍLIA	19
2.1 A Constituição Federal de 1988 e a Repersonalização das Relações de Família.....	21
2.2 Princípios Constitucionais Aplicados às Relações Familiares	25
3 GÊNERO, SEXO E DEMOCRACIA.....	42
3.1 Representações de Gênero: Reflexões sobre a hegemonia patriarcal e o Heterossexismo	44
3.2 Direitos Sexuais e Reprodutivos como Direitos Humanos	54
4 HOMOAFETIVIDADE E A FAMÍLIA: O DISCURSO DA JUSTIÇA.....	62
4.1 Decisão Jurídica como Discurso Constituinte	62
4.2 Homoafetividade e sexualidades não-hegemônicas: análise do discurso jurídico na construção do sentido de família homoafetiva na ADI 4277 e na ADPF 132.....	67
4.3 “O problema não se esgota na observância dos iguais respeito e consideração”	87
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	96
REFERÊNCIAS	103

1 INTRODUÇÃO

Em que pese a Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) consagrar a dignidade da pessoa, a igualdade e a liberdade como princípios fundamentais em seu preâmbulo e proibir discriminação de qualquer ordem, assegurando o pleno direito ao exercício da cidadania no seu art. 3º, ela, em seu art. 226, consagra também como “entidade familiar a união estável formada entre o homem e a mulher”.

Refletir sobre a família era pensar num modelo tradicional-cristão, ou seja, a união entre homem e mulher, heterossexuais, unidos pelo matrimônio indissolúvel rodeado pela prole.

Com efeito, a função da entidade familiar também passou por profundas alterações, “afora a questão religiosa, que fazia um caractere inerente ao conceito de família, a homossexualidade encontrou resistência, também, por constituir em uma oposição ao modelo hegemônico da sociedade, cuja base é a família” (BRITO, 2016, p. 167) e atualmente fortalece sua identificação na solidariedade “como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico” (LÔBO, 2011, p. 62) e como um dos fundamentos da afetividade, que tem sentido próprio para o direito. Nos dizeres de Maria Berenice Dias (2011, p. 2):

afeto significa sentimento de afeição ou inclinação para alguém, amizade, paixão ou simpatia, portanto é o elemento essencial para a constituição de uma família nos tempos modernos, pois somente com laços de afeto consegue-se manter a estabilidade de uma família que é independente e igualitária com as pessoas, uma vez que não há mais a necessidade de dependência econômica de uma só pessoa.

Deste modo, “enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade” (LÔBO, 2011, p. 17).

Ademais, por meio da interpretação conforme a CRFB/88, o judiciário ampliou a definição de família a arranjos não previstos expressamente na CRFB/88, mas que já existiam antes mesmo da sua promulgação. Quebrou-se, portanto, “o aprisionamento da família nos moldes restritos ao casamento” (DIAS, 2015, p. 131), outras famílias foram surgindo, “a sociedade evoluiu, o paradigma social se transformou, e o legislador não conseguiu acompanhar tais situações com a mesma velocidade” (HABER; SILVA, 2016, p. 56).

Esses debates nos levam a questionar: como o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu as questões relativas às famílias homoafetivas?

Outrossim, a ausência expressa de proteção Constitucional, em especial às uniões homoafetivas, por muito tempo impediu a efetivação de direitos fundamentais aos casais formados por pares do mesmo sexo em razão de interpretação pautada em valores patriarcais. *A contrario sensu*, o Supremo Tribunal Federal, a partir da “interpretação conforme a Constituição” – embasada na proteção incondicional da dignidade da pessoa humana, cujo significado vem sendo (re)construído, e nos princípios da Igualdade, Liberdade, Autodeterminação do Desenvolvimento do Indivíduo e Vedação à Discriminação por Sexo, erigiu a decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277 – vem inserindo na expressão “entidade familiar” a união de pessoas do mesmo sexo.

A temática da família homoafetiva tem sido fruto de diversos estudos – percebemos, ao realizar a revisão de literatura sobre o tema, crescente produção de trabalhos na área a partir de 2006. Ademais, quando tentamos localizar trabalhos que versassem sobre a “família homoafetiva” na plataforma do Banco de Teses e Dissertações da CAPES, encontramos vinte e seis entradas, das quais vinte e uma são dissertações de mestrado e cinco teses de doutorado. As temáticas envolvidas foram as mais diversas possíveis, como: as formas como os professores de ensino fundamental representam as famílias homoafetivas; análise das relações de gênero nas famílias formadas por pares do mesmo sexo; as lacunas na legislação no que se refere às famílias homoafetivas; direito real de habitação dos pares homossexuais e adoção por casais homoafetivos. O que chamou a atenção foi o recorte sobre o reconhecimento da família homoafetiva. Foram encontradas quatro entradas, das quais três eram trabalhos da área jurídica e um da área de saúde coletiva: Direito (BERTONCINI, 2011); Direito (TIRADENTES, 2016); Saúde Coletiva (MÓAS, 2006) e Direito (CASTRO, 2014).

Tabela 01 – Família Homoafetiva – Produção por tipos

Dissertações	21
Teses	05
Total	26

Tabela 02 – Reconhecimento da Família Homoafetiva - Produção por área

Jurídica	03
-----------------	----

Saúde Coletiva	01
Total	04

Outrossim, percebemos o número reduzido de entradas recuperadas, uma vez que os debates sobre as decisões do STF a respeito do tema são pontuais e predominantemente discutidos na academia por meio das letras jurídicas.

Ao utilizarmos como palavras-chaves “ADI 4.277” e “ADPF 132” na mesma plataforma, localizamos dezesseis entradas, das quais catorze entradas são dissertações de mestrado e duas teses de doutorado.

Tabela 03 – ADI 4.277 e ADPF 132 – Produção por tipos

Dissertações	14
Teses	02
Total	16

Após a análise dos títulos e resumos, encontramos três pesquisas que trabalharam tendo como foco principal a análise da família e dos direitos fundamentais a partir do acórdão da ADI 4.277 e ADPF 132 do Supremo Tribunal Federal – Mestrado em Direito (BARROSO, 2013); Mestrado em Direito (MELLO, 2014); e Mestrado em Direitos Humanos (ABREU, 2016).

A exploração desses estudos possibilitou algumas reflexões que auxiliaram na construção de nossas questões de pesquisa. Para Ramiro Freitas de Alencar Barroso (2013), a autonomia de se formar uma família conforme as opções afetivas concretas é um direito que diz respeito somente aos participantes daquela união. A vedação de acesso a esse direito, portanto, possui um contexto ético-jurídico particular. É uma imposição normativa sobre como outra pessoa deve conduzir a sua vida, mesmo quando a opção não afeta diretamente os interesses daqueles que a repudiam. Ele afirma que é inegável que o Supremo tenha conferido tutela jurídica às uniões homoafetivas, no entanto, deixaram de se pronunciar sobre os efeitos materiais adjudicados a tais uniões. Alencar Barroso (2013) interroga qual o papel do magistrado nesse julgamento, e ao final questiona se o fundamento base do acórdão foram os direitos ilegítimamente suprimidos às minorias sub-representadas nos jogos de poder do legislativo.

Abreu (2016) sugere que a semântica de família no Brasil constitui mais um *projeto inacabado*. Para ele, muito embora seja reconhecido que a decisão do STF em 2011, ao equiparar as uniões estáveis de pessoas de mesmo sexo às de pessoas de sexos diferentes, tenha trazido avanços à semântica da família brasileira, a discussão não foi encerrada, e o assunto não foi “pacificado”. Tanto é verdade que em 2013 o Deputado Federal Anderson Ferreira apresentou na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6583/2013, denominado “Estatuto da Família”, que abarca em seu Art. 2º a proteção exclusiva à família formada pela união entre um homem e uma mulher, afastando a legitimidade de qualquer outro arranjo que não se amolde aos ditames da legalidade. Mas a restrição do conceito de família a um único modelo, excluindo os demais arranjos familiares, beneficiará a proteção ao instituto da família? Cremos que não. O estatuto da família coloca em segundo plano o princípio constitucional da afetividade para legitimar as relações familiares apenas no binarismo homem e mulher (heterossexuais), afastando qualquer outra relação que não se amolde a este modelo. E pior, cria um conceito restrito de família, o que fere os moldes constitucionais e é contrário a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se sustenta no princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não-discriminação.

Especificamente sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na equiparação da união homoafetiva a união estável, Mello (2014) destaca que o referido julgado demonstrou que no Supremo Tribunal Federal despontava uma luz no fim do túnel no sentido de reconhecer a juridicidade dos relacionamentos havidos entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista inúmeros projetos apresentados no Congresso Nacional que sequer foram debatidos.

Nesse contexto, a presente pesquisa busca, como objetivo geral, analisar as estratégias discursivas que deram lugar à inclusão da família de pessoas do mesmo sexo na expressão entidade familiar no Brasil pelo STF (ADI 4.277 e APDF 132), na perspectiva de análise do Discurso Constituinte de Maingueneau. Em seguida, como objetivos específicos do trabalho, pretende-se analisar como a decisão judicial definiu os conceitos de família, união estável e afetividade, bem como quais princípios constitucionais foram utilizados para o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, colaborando com a reflexão da desigualdade e do direito.

Saliente-se que o fragmento do Título deste trabalho **“NÃO SE SEPARA POR UM PARÁGRAFO O QUE A VIDA UNIU PELO AFETO”** foi retirado do voto do Relator Ministro Ayres Britto (2011, p. 29), em anexo, inspirado nos textos recolhidos de ensaio escrito por Sérgio da Silva Mendes, publicado na Revista Forense, com o nome de “Unidos pelo afeto,

separados por um parágrafo”¹, a propósito, justamente, da questão homoafetiva perante o §3º do art. 226 da CF.

Outrossim, para a realização desses objetivos, a pesquisa foi desenvolvida em **três** etapas.

A **primeira etapa** compreende uma revisão bibliográfica acerca do estudo das questões históricas atinentes ao direito das famílias, no qual exploramos a evolução legislativa e constitucional da família do Brasil, com ênfase no perfil constitucional atual (1988), além de considerarmos a literatura jurídica, em que verificamos a construção do sentido lexical do termo ‘família’ no contexto do discurso doutrinário jurídico.

A **segunda etapa** da pesquisa se debruça em explorar as representações de sexo e gênero, refletindo sobre a hegemonia patriarcal e o heterossexismo, tomando por base a Teoria *Queer* por meio da bibliografia de Judith Butler (2015), Joan Scott (1995), Anselmo Alós (2011), Miskolci (2009) e Monique Wittig (2002), no qual procuramos compreender como se dá a desconstrução do gênero e sexo. Nesta etapa tratamos ainda sobre os direitos reprodutivos e sexuais como direitos humanos na construção de uma sociedade plural e democrática.

A **terceira etapa** da pesquisa consistiu no caráter exploratório e em pesquisa documental: foram coletados os votos dos Ministros do STF na ADI 4.277 e na ADPF 132, para verificar como o discurso que deu lugar à família formada por pares do mesmo sexo foi construído, bem como a concepção de gênero presente no discurso jurisprudencial. Os votos das decisões supra foram coletados em pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal com o auxílio da internet.

No que diz respeito à orientação metodológica que envolve esta pesquisa, recorremos a uma abordagem analítica que se fundamenta nos estudos discursivos. Tomamos como alavanca de sustentação metodológica termos como texto, discurso, argumentação e léxico, para, por conseguinte, apresentarmos uma análise sobre os votos dos Ministros do STF que constituem o *corpus* principal desta dissertação. Nesta perspectiva, nos ancoramos nas contribuições teórico-metodológicas de Dominique Maingueneau (2015), pesquisador do campo da Linguística, cujos estudos se concentram na área de estudos do discurso (doravante AD) de linha francesa. A partir das contribuições de Maingueneau, em especial a ideia de Discurso Constituinte, nossa pesquisa

¹ MENDES, S. S. Unidos Pelo Afeto, Separados Por Um Parágrafo. **Revista Forense** (Impresso), v. 414, pp. 287-308, 2011.

de mestrado se volta para quatro conceitos fundamentais quando consideramos os estudos discursivos: a) texto; b) discurso; c) argumentação/argumento; d) léxico.

A noção de texto é ampla e envolve inúmeras perspectivas. Aqui, compreendemos texto como toda e qualquer manifestação linguística de um enunciador que produz uma materialidade linguística de forma verbal ou não verbal, escrita ou oral. Os votos dos ministros analisados se constituem como textos produzidos na oralidade e na escrita, os quais nos propomos analisar.

O segundo conceito que se manifesta em nosso *corpus* é a noção de discurso, o qual admite muitos significados. Sinteticamente, compreendemos discurso como um conjunto de ideias que resultam na formação de mensagens e de textos. Um exemplo de discurso é o que, historicamente, se disse e se entendeu como o conceito de família. Com outras palavras, o que entendemos como família é resultado de uma prática discursiva localizada numa esfera sócio histórica.

Nessa mesma linha de raciocínio, todo discurso envolve uma argumentação sobre um determinado assunto. Em nossa pesquisa, perceberemos a argumentação ao passo que analisamos o voto de cada Ministro sobre o tema família. Cada Ministro expõe uma opinião sobre a ideia de família, e esta opinião se transforma numa argumentação.

Por fim, nos deparamos com o conceito de léxico. Diversos autores mostram que um discurso se materializa a partir de um texto produzido por um sujeito socialmente localizado. Por isto, não se pode compreender o discurso como uma materialização discursiva neutra, mas sim ideológica. Quando produzimos um texto, imprimimos as nossas percepções ideológicas, ou seja, o modo como enxergamos um determinado objeto. Assim, o nosso discurso também é socialmente localizado e, portanto, não é neutro. Léxico pode ser entendido, deste modo, como o significado das palavras que compõem o nosso discurso. Ao argumentar, o léxico utilizado pelos Ministros na ocasião dos votos analisados nesta pesquisa exprimem suas ideias sobre o assunto. Portanto, as escolhas lexicais não são aleatórias, elas são intencionais e ilustram a ideia de que é necessário considerar de onde se fala e para quem se fala.

Coletados tais votos, abordamos a construção do discurso da família pelo Supremo Tribunal Federal por meio da análise do discurso, fundamentada na ideia de Discurso Constituinte de Dominique Maingueneau, que assim afirma:

Constituintes são os discursos que têm a pretensão de “não reconhecer outra autoridade além da sua própria, de não admitir quaisquer outros discursos acima deles. Isso não significa que as diversas outras zonas de produção verbal não exerçam ação sobre eles; bem ao contrário, existe uma interação constante

entre discursos constituintes e não constituintes, assim com entre discursos constituintes (MAINGUENEAU, 2008, p. 37).

Salientamos que esta etapa elucubra o paradigma pós-estruturalista em que essa pesquisa está fundamentada, na medida em que “este trabalho está interessado não nos detalhes de textos falados e escritos, mas em olhar historicamente os discursos” e por ser “todo o discurso prática social” (GILL, 2015, p. 247-248).

Uma vez obtidos os dados da pesquisa, o *corpus* (os votos dos ministros do STF proferidas na ADI 4.277 e na ADPF 132) foi analisado. Foi realizada uma leitura cética suspendendo a crença “naquilo que é tido como dado” (GILL, 2015, p. 252), ou seja, olhar a decisão com foco na sua construção, sua organização e suas funções discursivas, considerando os contextos sociais, o lugar da fala e sua influência no direito.

Quanto à organização, a dissertação desenvolve-se em três seções. Na primeira seção fizemos um breve histórico da família, uma vez que tal histórico não é o objeto desta pesquisa, mas que serve de apoio para entendermos a evolução da família ao longo dos séculos.

Destacamos, ainda nesta seção, as funções às quais a família desempenhou, bem como a construção da etimologia do termo família até chegarmos à família contemporânea brasileira, que passou a receber maior proteção constitucional do Estado com a Constituição Federal de 1988. Nessa seção fizemos uma análise dos princípios constitucionais aplicados às relações familiares, a saber: a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial comum a todas as pessoas humanas; a solidariedade, como resultado da separação do individualismo jurídico, resultante das obrigações recíprocas entre os membros do seio familiar; a afetividade, como vetor que reestrutura a tutela jurídica do direito de família, que passa a se ocupar mais da qualidade dos laços travados dos núcleos familiares do que com a forma através da qual as entidades familiares se apresentam na sociedade; a igualdade, intimamente ligada ao ideal de justiça; e a liberdade, que garante o poder de escolha e autonomia na sua constituição e a felicidade, que deve ser o fim alcançado pelo Estado na promoção do bem estar de todos e na garantia do respeito à dignidade.

Tais princípios reforçam que o direito positivo não conseguia prever e regular todos os fatos existenciais, tampouco todas as experiências concretas da conduta humana nas sociedades complexas atuais. Ademais, é necessário um direito mais humanizado, preocupado com a dignidade da pessoa humana, centrando-a no ordenamento jurídico e respeitando suas vontades e necessidades.

Na segunda seção nos ativemos ao estudo de gênero, sexo e democracia. De início, são trazidas as reflexões sobre a hegemonia patriarcal e o heterossexismo. Tomou-se por ponto de partida a organização social e jurídica a partir da sexualidade, em que a construção da moral sexual determina as relações de poder e revela posições hierárquicas de uma perspectiva sexual em face de outras. Em seguida tratamos da heteronormatividade, sendo as práticas e as instituições que definem que os sujeitos têm suas vidas organizadas conforme o modelo heterossexual, sejam eles heterossexuais ou não. Da mesma forma, as demais orientações sexuais diversas da heterossexualidade são marginalizadas, ignoradas e perseguidas por essas práticas. Tratamos, ainda, da imposição da heterossexualidade compulsória, onde os sujeitos devem ser heterossexuais para serem considerados normais.

No desenvolvimento da segunda seção tratamos, também, da dualidade sexo/gênero proposta pela Teoria Queer, para quem o gênero deve ser encarado como performativo, bem como fizemos análise do pensamento heterossexista formulado por Wittig. Ao final da segunda seção tratamos dos direitos reprodutivos e sexuais como direitos humanos, uma vez que reconhecer os direitos reprodutivos e sexuais como direitos humanos é declará-los como princípio fundamental para a reconstrução do discurso de direitos. Por fim, discutimos direitos sexuais e democracia, teoria defendida por Roger Raupp Rios, para quem o combate ao machismo, ao heterossexismo e à LGBTfobia reforça o ideal democrático e sua consagração como direito humano fundamental.

A terceira e última seção desta dissertação trabalha a homoafetividade e a família, bem como o discurso da justiça. Nesta seção nos propusemos analisar como as decisões judiciais produzem e reproduzem a acepção dos seus próprios elementos. Analisamos os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.277 e na ADPF 132 para identificarmos como foram construídos os argumentos do STF para inclusão da união formada por pessoas do mesmo sexo como entidade familiar no Brasil. Ao final fizemos uma breve crítica sobre o julgado, indicando que a problemática do reconhecimento da família homoafetiva não deve ser encarada apenas com base nos princípios constitucionais, mas outros fatores merecem especial atenção do Estado.

2 ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS DA FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 3º² os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Dentre os quais destacamos os incisos I e IV, que dispõem sobre a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem a todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação. Tais fundamentos contribuem para a construção do conceito de família como entidade privada, mas que merece proteção do Estado.

No entanto não nos parece plausível afirmar o que a família “é”, sobretudo na compreensão sociológica do vocábulo. Gizelda Hironaka (2015) afirma que o problema surge pela obviedade de que conceituar significa limitar fenômenos pela convenção de padrões, que nem sempre estão ligados apenas à convenção da maioria, senão a dos que detêm o poder, enquanto argumento de autoridade. Ressalte-se que dizer o que a família “é”, com base no que a letra de lei define, ocasiona uma cegueira aos fatos sociais que representam efetivamente a família. Assim, para se conceituar a família, necessário se faz analisar seu local, tempo e função uma vez que o conceito de família é dinâmico, modificando-se continuamente.

Embora muitos afirmem que a família está em declínio, a verdade é que, conforme assevera Maria Berenice Dias (2015), houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, confiança, respeito e amor. As relações familiares se descolaram das suas funções político, econômica, religiosa e procracional, para dar lugar a um espaço de realização da afetividade humana, valorizando o interesse do indivíduo, sua dignidade, muito mais do que seus efeitos patrimoniais.

Saliente-se que a família regulada no Código Civil ainda utiliza a nomenclatura “família” no singular para tratar quase que exclusivamente de um único modelo: a oriunda do

² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

casamento nuclear, “hierarquizado e patriarcal” (DIAS, 2015, p. 34). Por outro lado, doutrinadores como Marina Berenice Dias, Paulo Lôbo Rodrigues, Walsir Edson Júnior e Renata Barbosa de Almeida trazem no título dos seus manuais o termo ‘Direito das famílias’, afastando a ideia da entidade familiar, única e exclusiva do casamento heterossexual. Assim, “a expressão ‘direito das famílias’ melhor atende à necessidade de enlaçar no seu âmbito de proteção, às famílias, todas elas sem discriminação, sem preconceitos” (DIAS, 2015, p. 30). Dessa forma, a existência de outras entidades, bem como a faculdade de se reconhecer filhos havidos fora do casamento, a possibilidade do divórcio e a constitucionalização do princípio do afeto, justifica a visão pluralista do conceito de família, abraçando os diversos arranjos existentes na contemporaneidade.

A etimologia do termo família deriva do latim *familia*, *famelia*, *famulus*, que significa “escravo doméstico” ou conjunto de pessoas vinculadas a uma casa. Segundo Lôbo (2011), a concepção de família, no entanto, sofreu inúmeras mudanças, sobretudo com o advento do Estado Social, ao longo do século XX, este tendo por finalidade a proteção dos mais fracos, interviu nas relações privadas como forma de promoção da justiça social.

Por outro lado, a família contemporânea brasileira passou a receber uma maior proteção constitucional do Estado, a partir da CRFB/88, que consolidou algumas evoluções pontuais, dentre elas a quebra de modelo familiar unitário e o reconhecimento de outros arranjos familiares diversos do casamento. Segundo S. Ramos (2000, p. 61):

a questão atinente às relações familiares é paradigmática: a família nuclear brasileira sempre foi plural, no plano social, tendo como fonte não apenas o matrimônio, mas também relacionamentos de fato, de variados perfis, relacionamentos estes que se manifestam tanto imitando a família matrimonializada quanto paralelamente a união conjugal, engendrando, quando desfeitos, caso havidos filhos do relacionamento, famílias monoparentais.

A consagração da força normativa principiológica explícita e implícita do texto constitucional é considerada um dos principais avanços no ordenamento jurídico brasileiro desde a promulgação da CRFB/88. A verdade é que a CRFB/88 instaurou princípios como verdadeiros paradigmas de valores para proteger as relações familiares, com fundamento na dignidade da pessoa humana. Nos dizeres de Lôbo, “as revolucionárias transformações promovidas pela Constituição na concepção, na natureza e nas atribuições das relações familiares, puseram o Brasil na dianteira da refundação dos novos institutos jurídicos” (LÔBO, 2011, p. 36).

Ora, a antiga ordem constitucional estava pautada sob a égide de princípios conservadores, tendo por base à família patriarcal, sendo excluída da proteção do Estado qualquer outra entidade que não se amoldasse às formas tradicionais. Nesse sentido, a professora Maria Helena Diniz (2002) afirma, com base na teoria de Lévy-Bruhl, que o traço crucial dominante da evolução da família reside na afeição mútua, o que consagra a tendência em tornar o grupo familiar cada vez menos hierarquizado e organizado.

Mais a mais, a função da entidade familiar também passou por profundas alterações e atualmente fortalece sua identificação na solidariedade, como um dos fundamentos da afetividade, que tem sentido próprio para o direito. Tal constituição da família apoiada na solidariedade e tendo por base a interpretação conforme a constituição, ampliou a definição do conceito de família a arranjos não previstos expressamente na CRFB/88, mas que já eram uma realidade social antes da sua promulgação.

2.1 A Constituição Federal de 1988 e a Repersonalização das Relações de Família

A Constituição Federal de 1988³, comumente conhecida como Constituição Cidadã, deu nova roupagem às relações familiares, e não só a elas. A CRFB/88, promulgada na redemocratização do Brasil, incorporou comandos, normas e princípios que devem ser observados por todos os Poderes, exigindo que os problemas sociais, públicos e privados sejam interpretados à luz dos seus princípios informadores. Para Gilmar Mendes e Gonet Branco (2012, p. 154), “os anseios de liberdade, participação política de toda a cidadania, pacificação e integração social ganharam preponderância sobre as inquietações ligadas a conflitos sociopolíticos, que marcaram o período histórico que se encerrava”.

A CRFB/88 garantiu uma série de direitos individuais e sociais, vedando que o Estado interferisse na autonomia privada dos seus cidadãos, promovendo uma evolução profunda nos direitos da personalidade e das entidades familiares, defendendo a igualdade dos filhos e cônjuges, protegendo a pessoa humana e facilitando o divórcio.

³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 abr. 2017.

É sensato nós admitirmos que, ao mesmo passo que as constituições brasileiras evoluíram, a família sofreu profundas mudanças. Bem verdade que a família contemporânea já não representa, necessariamente, o grupo consanguíneo ou patriarcal. A igualdade de direitos estampada na CRFB/88 garantiu a isonomia entre os seus membros. Os papéis desempenhados pelo homem e pela mulher também sofreram alterações. A busca pelo espaço da mulher no mercado de trabalho e pelos mesmos privilégios dos homens redistribuiu as funções dos companheiros no seio das entidades familiares, dentre os quais se destacam os papéis exercidos na participação orçamentária da família, da educação dos filhos e do trabalho doméstico. Tendo por base esses aspectos, a CRFB/88 rompeu com as constituições brasileiras antigas, especialmente em matéria de família, consagrando o princípio do pluralismo das entidades familiares e afirmando a pessoa humana como objeto central do direito. Lôbo (2011, p. 59), por sua vez, leciona que:

Em virtude das transformações ocorridas e que estão a ocorrer no direito de família, alguns princípios emergem do sistema jurídico brasileiro e que poderiam desfrutar de autonomia, como o princípio do pluralismo de entidades familiares, adotado pela Constituição de 1988, pois elas são titulares de mesma proteção legal. Tal princípio, por sua especificidade, encontra fundamento em dois princípios mais gerais, aplicáveis ao direito de família, a saber, o da igualdade e o da liberdade, pois as entidades são juridicamente iguais, ainda que diferentes, e as pessoas são livres para constituí-las.

Percebemos que a exacerbada preocupação com o patrimônio das entidades familiares, que apresava o CC/02, não encontra lugar no centro das relações familiares protegidas pela CRFB/88. Ora, os interesses aqui presentes são fincados tendo por base, como descreve Lôbo, “um elemento aglutinador e nuclear distinto – a afetividade” (LÔBO, 2011, p. 26). Sobre esse importante e máximo princípio discorrerei no próximo tópico, ao tratar dos princípios constitucionais inerentes às relações familiares. De antemão, advirto que a afetividade é o elemento central da CRFB/88 quando trata das relações familiares e de outros arranjos não previstos expressamente em seu texto.

A finalidade da família, enquanto instituto de construção da personalidade do ser humano em desenvolvimento, é a defesa da pessoa e de sua dignidade. Consideramos que centralizar a pessoa humana nas relações de família é reacender a solidariedade entre os homens, deixando em segundo plano as relações patrimoniais que foram responsáveis pelo conteúdo dos maiores códigos de direito privado. É oportuna, nesse passo, a lição de Fabiola Albuquerque (2013, p. 48):

Instaura-se um verdadeiro fosso, pois de um lado uma codificação civil (1916) patrimonialista, elitista e individualista, e, de outro, uma constituição

comprometida com os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade com fins à realização da Justiça Social. Do sujeito abstrato do Código migra-se para o reconhecimento de um sujeito concreto, com necessidades reais, que luta para conquistá-las. Da nova tábua axiológica extrai-se a dimensão da repersonalização e da despatrimonialização.

A opção pela natureza principiológica da Constituição também contribui sobremaneira para enaltecer ainda mais a fundamentalidade e a posição hierárquica dos princípios no sistema normativo (...).

Salientamos que a Constituição Federal de 1988 dedicou os artigos 226 e 227 à família, dentro do Título VIII: Da Ordem Social, no Capítulo VII. Embora o texto sobre as relações familiares esteja em apenas dois artigos, seu conteúdo é vasto e bastante significativo. Destaque para o reconhecimento jurídico das novas formas de família expressamente previstas no texto constitucional (União Estável e a Família Monoparental), a própria ideia de filiação, o conceito ampliado de entidade familiar, a liberdade para o planejamento familiar, os novos direitos e deveres dos seus membros, bem como a manutenção de alguns institutos já dispostos nas constituições anteriores. Conforme afirmado acima, a CRFB/88, no que tange à família, trata de proteger expressamente as pessoas que a compõem, conforme disciplinado no §8º do art. 226: “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”.

A CRFB/88, em seu art. 226, faz uma demarcação de quais seriam as entidades familiares por ela protegidas, expressamente o casamento, a união estável e a família monoparental, respectivamente. A atual hermenêutica do artigo supra é no sentido de que o rol explicitado é meramente exemplificativo, diferente da anterior interpretação dominante pelos civilistas que viam tal rol como *numeros clausus*, que por sua vez resultava em duas teses antagônicas, quais sejam: a) Primazia pelo casamento, elevado aos *status* de família-modelo, afastando qualquer tipo de igualdade com os demais arranjos que receberiam tutela jurídica limitada; e b) Existência de igualdade entre os três tipos, não há, portanto, primazia pelo arranjo casamento, uma vez que a própria Constituição garante a liberdade de escolha das relações existenciais e afetivas. Para Venosa (2001, p. 15):

a partir da metade do século XX, paulatinamente, o legislador foi vencendo barreiras e resistências, atribuindo direitos aos filhos ilegítimos e tornando a mulher plenamente capaz, até o ponto culminante que representou a Constituição de 1988, que não mais distingue a origem de filiação, equiparando os direitos dos filhos, nem mais considera a preponderância do varão na sociedade conjugal.

No entanto a primazia pelo casamento encontra seu respaldo no §3º do art. 226, ao tratar da união estável: “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Todavia, doutrina e jurisprudência entendem não se tratar de requisito para que uma união seja considerada estável,

mas configura um comando que efetive ao legislador infraconstitucional a remoção de barreiras que obstaculizem os companheiros que desejem se casar.

Observamos que, no que tange à igualdade entre os arranjos familiares explícitos no texto constitucional, a liberdade de escolha, além do próprio princípio da igualdade, são pilares de sustentação dessa corrente. A dignidade da pessoa humana e a liberdade de escolher constituir o modelo de família que melhor corresponda a sua realização existencial e pessoal coaduna melhor com o conjunto das disposições constitucionais.

Saliente-se ainda que a sociedade é dinâmica, ou seja, vive em constante evolução. O direito, por sua vez, também o é. Assim, cabe ao legislador acompanhar as mudanças ocorridas nas configurações familiares atuais e nas que surgirão com o tempo, de modo que o direito atinja a sua finalidade efetiva, que é a proteção dos bens jurídicos.

Por fim, sob a dogmática jurídica, percebemos que a família é construída tendo por base duas estruturas: os vínculos e os grupos. Os vínculos podem ser de sangue, de direito ou de afeto. Tais vínculos podem coexistir simultaneamente ou separadamente. Dos vínculos se compõem os grupos, delimitados em grupo conjugal, formado pelos cônjuges; grupo parental, formado pelos pais e filhos; e grupos secundários, formado pelos outros parentes e afins.

Vale ressaltar que as famílias são consideradas grupos primários, visto que as relações entre os indivíduos do núcleo familiar são baseadas na subjetividade dos sentimentos entre as pessoas, fato que justifica a afetividade existente entre os pais e filhos adotivos, logo sem relação consanguínea. Ademais, os laços que amarram os integrantes da família se sustentam a partir de um vínculo afetivo e que por este sentimento criam laços que garantem a convivência solidária, aquém da cooperação econômica.

Ribeiro (2017) ressalta a importância de considerar que, se a família é a base do processo de socialização dos indivíduos, o que se torna fundamental é que ela seja estruturada de tal forma que o relacionamento entre seus integrantes seja pautado na harmonia e no respeito entre seus pares, dada a importância e a influência que tal grupo exerce na vida de cada um. Assim, ao pensar na família enquanto grupo, não se trata aqui de fazer uma apologia ao modelo pré-existente, mas de propor a reflexão quanto aos desdobramentos de sua conformação e de suas transformações, uma vez que suas características refletem a sociedade de seu tempo, o que faz dela (da família) um fenômeno social.

Outrossim, várias áreas do conhecimento que estudam a família e sua função, tais como a Sociologia, a Psicologia e a Antropologia, identificam uma expansão do que se considera entidade familiar, ou unidade familiar, ou ainda arranjos familiares, ou simplesmente famílias.

2.2 Princípios Constitucionais Aplicados às Relações Familiares

A consagração da força normativa principiológica explícita e implícita do texto constitucional é considerada um dos principais avanços no ordenamento jurídico brasileiro a partir da promulgação da CRFB/88. A Carta Cidadã dispõe de princípios como verdadeiros pilares de sustentação para toda a pirâmide normativa nacional, colocando a Constituição no topo do ordenamento jurídico para ser pressuposto de validade de todas as normas abaixo dela.

A importância do estudo dos princípios constitucionais aplicados às relações familiares para esta pesquisa se dá a partir do momento em que as concepções juspositivistas não produzem todos os resultados possíveis ante a complexidade das sociedades contemporâneas. Ao analisarmos os princípios constitucionais aplicáveis às relações familiares, percebemos que apenas o direito positivado não basta para solucionar os conflitos. Ora, os elementos do sistema jurídico não se baseiam exclusivamente na lei posta, mas devem ser interpretados à luz dos princípios jurídico-constitucionais, com um conjunto harmônico de normas.

Sabemos que, com a promulgação da CRFB/88, um sistema aberto de regras e princípios foi adotado no nosso sistema jurídico. Assim, tendo os princípios a função de conferir coerência e unidade ao sistema jurídico, e este trabalho tendo como objeto a construção do sentido de família homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal, que detém a competência constitucional para interpretar a Constituição em última instância, se torna relevante o estudo dos princípios constitucionais aplicáveis às relações familiares.

Pois bem, em trabalho apresentado para o seminário virtual *Temas atuais do Direito de Família*, do site *Âmbito Jurídico* (<www.ambitojuridico.com.br>), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006, Flávio Tartuce publicou artigo intitulado “Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro”. Tartuce (2006) entende que o Direito das Famílias deve ser analisado sob o prisma da Constituição Federal, trazendo uma nova dimensão ao tratamento dessa área

jurídica. Assim, ao analisarmos o Direito das Famílias tendo como ponto de partida a Carta Constitucional, inevitavelmente seguiremos um caminho sem volta ao Direito Civil Constitucional.

C. Ramos (2017), por sua vez, entende que supremacia da Constituição consiste na qualidade de norma superior, que representa o pressuposto de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico. Tal superioridade, qualidade intrínseca das normas constitucionais, é produto dos critérios material e formal. Do ponto de vista material, a Constituição contempla os valores considerados superiores pela vontade geral (poder constituinte) de uma comunidade. Do ponto de vista formal, a Constituição está no topo do ordenamento jurídico porque prescreve as formas de criação das demais normas e, ainda, suas próprias regras de alteração (emendas constitucionais).

O atual *status* dos princípios é de norma constitucional, sendo, pois, mandamentos nucleares do ordenamento jurídico. Representam os valores enraizados da sociedade, aquilo que ela considera como justo, o dever ser. Por outro lado, as regras são derivadas dos princípios e também representam o dever ser, mas na casuística. Elas representam, portanto, a concretização principiológica. Assim, para Roberto Barroso (1999, p. 147) princípios são:

o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.

Descumprir um princípio é muito mais lesivo que ferir uma regra. Ferir aquele significa romper com toda a cadeia de normas que dele deriva. Descumprir uma regra torna-se menos lesivo que descumprir um princípio, uma vez que se descumpre um preceito concreto.

Canotilho (1998) defende que princípios e regras são espécies do gênero norma e que ambas possuem, no que tange aos critérios de validade, prevalência normativa e higidez, igual dignidade normativa.

Em suma, não há hierarquia entre os princípios, uma vez que são dotados da mesma força normativa, podendo ser expressos onde não há discussão sobre a sua existência ou não, uma vez que o constituinte expressamente os declarou, ou implícitos, estes decorrentes da hermenêutica constitucional, identificados através da sistemática da CRFB/99. Paulo Bonavides (1997, p. 755) afirma que os princípios constitucionais não são meros ornamentos que suplementam as regras, mas são verdadeiros detentores de força normativa:

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo

contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores regenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.

Verdade é que a Constituição de 1988 instaurou novos princípios como verdadeiros paradigmas de valores para avaliar as relações familiares. Ora, entendemos que a antiga ordem constitucional estava pautada sob a égide de princípios conservadores, tendo por base a família patriarcal, sendo excluídas da proteção do Estado qualquer outra entidade que não se amoldasse às formas tradicionais.

Complementando, Tartuce (2006) defende que, com o Código Civil de 2002, os princípios ganham fundamental importância. Segundo o autor, a atual codificação utiliza regramentos como linha mestra do direito privado. Salienta que muitos desses princípios são cláusulas gerais e abertas deixadas pelo legislador para a complementação do aplicador do direito.

Outrossim, alguns princípios constitucionais devem ser aplicados ao direito de família. Vale ressaltar que a doutrina não é uníssona sobre quais são os princípios aplicados ao ramo jurídico familiar, trataremos, pois, neste trabalho, daqueles que são mais comuns entre os doutrinadores. Lôbo (2011) agrupa os princípios fundamentais aplicáveis às relações familiares da seguinte forma:

Tabela 04 – Princípios aplicáveis às relações familiares Paulo Lôbo

Princípios Fundamentais	Princípios Gerais
1 - Dignidade da Pessoas Humana	3 - Igualdade
2 - Solidariedade	4 - Liberdade
	5 - Afetividade
	6 - Convivência Familiar
	7 - Melhor interesse da criança

No entanto, entendemos elevar o princípio da afetividade como Princípio Fundamental aplicável às relações familiares e, portanto, didaticamente dividimos tais princípios em dois grupos, da seguinte forma:

Tabela 05 – Princípios aplicáveis as relações familiares

Princípios Fundamentais	Princípios Gerais
1 - Dignidade da Pessoa Humana	4 - Igualdade
2 - Solidariedade	5 - Liberdade
3 - Afetividade	6 - Felicidade

Inicialmente ressalte-se que, dentre os princípios fundamentais aplicáveis ao Direito das Famílias, o que não há conflito entre os doutrinadores do ramo familiarista é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Lôbo (2011, p. 60) assevera que tal princípio é inestimável, indisponível e que não pode ser objeto de troca:

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade.

A preocupação com a dignidade da pessoa humana se sobressai em todas as relações pessoais, uma vez que está consolidada de pleno no primeiro artigo da CRFB/88. Nas relações familiares não poderia ser diferente, a dignidade pessoal se efetiva como garantia de cada membro familiar. O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor absoluto, ganhando força internacional nos tratados e convenções sobre a pessoa humana. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 justifica seus artigos afirmando que “todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

C. Ramos (2017), ao lecionar sobre a dignidade humana, faz um resgate de sua etimologia, afirmando que a palavra “dignidade” tem origem na palavra *dignus*, ressaltando aquilo que possui importância. C. Ramos faz um resgate da dignidade nas lições de São Tomás de Aquino, que defende o conceito de que “pessoa humana é uma substância individual de natureza racional” e de Kant, para o qual, tudo tem um preço ou uma dignidade; o ser humano, no entanto, possui dignidade. Assim, para C. Ramos (2017, p. 76):

a *dignidade humana* consiste na *qualidade* intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo etc.

É necessário destacar o caráter intersubjetivo da dignidade da pessoa humana e que é intrínseco o respeito no âmbito da sociedade dos seres humanos. Dentro do núcleo dessa sociedade encontra-se a família, onde são exercidas e efetivadas a existência digna e a vida em harmonia com os demais indivíduos.

Tartuce (2006) considera que não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência ou atuação do que o direito das famílias.

Ademais, o conteúdo desse princípio será determinado na especificidade do caso concreto, em dado momento histórico e em dada sociedade, com base em seus valores culturais e morais, pois, em tese, não poderá ter definição de suas dimensões. De certo, o conteúdo do Princípio da Dignidade Humana encerra inúmeros debates e perspectivas.

Rabenhorst (2008, p. 28) considera a dignidade humana apenas como um princípio prudencial, sem qualquer conteúdo prefixado:

Trata-se de uma cláusula aberta que assegura aos seres humanos o direito à mesma consideração e respeito, mas que pressupõe, para sua efetivação em casos concretos (sobretudo no campo da interpretação constitucional), dos próprios julgamentos que fazemos acerca da admissibilidade ou não de determinadas formas de expressão da autonomia humana.

Ressalte-se ainda que o homem não pode ser considerado coisa, objeto, uma vez que possui valor imensurável, estando, pois, blindado de valores materiais, o que o torna insubstituível por outro, conforme explica Rodrigo da Cunha Pereira (2005, p. 96):

O valor intrínseco que faz do homem um ser superior às coisas (que podem receber preço) é a dignidade; e considerar o homem um ser que não pode ser tratado ou avaliado como coisa, implica conceber uma denominação específica ao próprio homem: pessoa. Assim, o homem, em Kant, é decididamente um ser superior na ordem da natureza e das coisas.

Entendemos que a dignidade da pessoa humana possui um caráter intersubjetivo e relacional, ressaltando a existência de um dever de respeito no domínio das relações humanas. Nesse âmbito encontra-se a família, instituto responsável, por excelência, por garantir uma vida digna e em comunhão com os demais seres humanos. A CRFB/88 expressa, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), inferindo-se, pois, que todos os poderes e a sociedade civil devem guardar respeito ao ser humano enquanto núcleo do Estado.

Verdade que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como valor fundante de um Estado democrático de direito, provoca a despatrimonialização dos institutos jurídicos e tem na família “o solo apropriado para florescer”, conforme aduz Berenice Dias (2015, p. 49):

A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Observamos que o princípio ora analisado constitui um vetor positivo para as ações estatais, surgindo, em contrapartida, uma limitação ao poder do Estado, ou seja, a dignidade da pessoa humana possui dois elementos, um positivo e um negativo. O elemento negativo consiste em o Estado se abster de praticar atos que violem a dignidade dos seus cidadãos enquanto seres humanos, dotados de plenitude de direitos. O elemento positivo, por sua vez, incide na defesa da existência das condições mínimas de humanidade. Ora, deve o Estado garantir o mínimo existencial para que cada ser humano possa ter uma vida digna, gozando dos direitos e garantias fundamentais. O mínimo existencial deve ser posto como base e alicerce da vida humana, referindo-se àqueles direitos básicos sem os quais o cidadão não vive “como gente”. C. Ramos (2017, p. 78), apoiado nas lições de Barcelos, discorre que:

há aqueles que defendem que o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana é composto pelo *mínimo existencial*, que consiste em “um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. Para compor esse mínimo existencial indispensável a promoção da dignidade humana, é necessário, na lição de Barcellos (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, em especial p. 305.), levar em consideração a implementação dos direitos a educação básica, à saúde, à assistência social e acesso a justiça (com a prestação de assistência jurídica gratuita e integral).

Por outro lado, a doutrina jurídica considera a existência do princípio da solidariedade nas relações familiares, que surge como resultado da superação do individualismo jurídico. O texto constitucional, no seu art. 229, dispõe que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Ou seja, cremos não ser preciso uma interpretação aprofundada para se deduzir que incumbe à família o dever de formar e educar os futuros cidadãos. A solidariedade vem a ser, portanto, decorrente do direito natural e deve ser entendida como princípio não apenas patrimonial, mas também moral, social, psicológico e afetivo, resultante das obrigações recíprocas entre os membros do seio familiar.

No entanto, para Dias (2015), a solidariedade é o que cada um deve ao outro, bem como a pessoa só existe enquanto coexiste. Ora, a solidariedade, enquanto princípio constitucional, encontra guarida no preâmbulo da CRFB/88, que assegura uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Ademais, segundo Dias (2015, p. 52):

ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado (CF 227) o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação.

Além disso, o princípio da solidariedade nas relações familiares não esbarra nas paredes do núcleo patriarcal, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça⁴ que reconheceu a aplicação do princípio supracitado como fundamento da prestação de alimentos entre sobrinhos e tios. Assim, conforme acórdão retro, “a voluntariedade das tias em prestar alimentos aos sobrinhos (...) trata-se, pois de um ato de caridade, de mera liberalidade, sem direito de ação para sua exigibilidade”.

Evidente, pois, que a lei concebe um encargo aos pais, um *múnus*, que estes não podem renunciar, qual seja, a responsabilidade pela educação e sobrevivência dos filhos. A autoridade

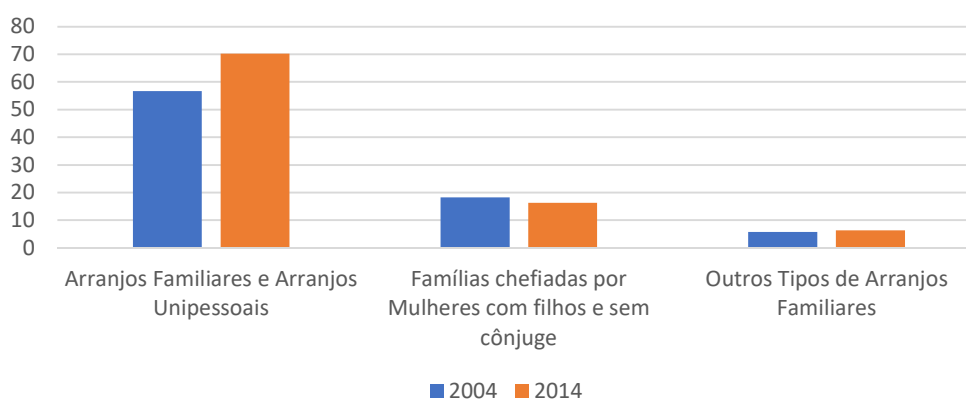
⁴ **DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ALIMENTOS AJUIZADA PELOS SOBRINHOS MENORES, REPRESENTADOS PELA MÃE, EM FACE DAS TIAS IDOSAS** - Conforme se extrai da descrição dos fatos conferida pelo Tribunal de origem, que não pode ser modificada em sede de recurso especial, o pai sempre enfrentou problemas com alcoolismo, mostrando-se agressivo com a mulher e incapaz de fazer frente às despesas com a família, o que despertou nas tias o sentimento de auxiliar no sustento dos sobrinhos. Quanto à mãe, consta apenas que é do lar e, até então, não trabalhava. - Se as tias paternas, pessoas idosas, sensibilizadas com a situação dos sobrinhos, buscaram alcançar, de alguma forma, condições melhores para sustento da família, mesmo depois da separação do casal, tal ato de caridade, de solidariedade humana, não deve ser transmutado em obrigação decorrente de vínculo familiar, notadamente em se tratando de alimentos decorrentes de parentesco, quando a interpretação majoritária da lei, tem sido no sentido de que tios não devem ser compelidos a prestar alimentos aos sobrinhos. - A manutenção do entendimento firmado, neste Tribunal, que nega o pedido de alimentos formulado contra tios deve, a princípio, permanecer, considerada a cautela que não pode deixar jamais de acompanhar o Juiz em decisões como a dos autos, porquanto os processos circunscritos ao âmbito do Direito de Família batem às portas do Judiciário povoados de singularidades, de matizes irrepetíveis, que absorvem o Julgador de tal forma, a ponto de uma jurisprudência formada em sentido equivocado ter o condão de afetar de forma indelével um sem número de causas similares com particularidades diversas, cujos desdobramentos poderão inculcar nas almas envolvidas cicatrizes irremediáveis. - Condição peculiar reveste este processo ao tratar de crianças e adolescentes de um lado e, de outro, de pessoas idosas, duas categorias tuteladas pelos respectivos estatutos protetivos – Estatuto da Criança e do Adolescente, e Estatuto do Idoso, ambos concebidos em sintonia com as linhas mestras da Constituição Federal. - Na hipótese em julgamento, o que se verifica ao longo do relato que envolve as partes, é a voluntariedade das tias de prestar alimentos aos sobrinhos, para suprir omissão de quem deveria prestá-los, na aceção de um dever moral, porquanto não previsto em lei. Trata-se, pois, de um ato de caridade, de mera liberalidade, sem direito de ação para sua exigibilidade. - O único efeito que daí decorre, em relação aos sobrinhos, é o de que prestados os alimentos, ainda que no cumprimento de uma obrigação natural nascida de laços de solidariedade, não são eles repetíveis, isto é, não terão as tias qualquer direito de serem ressarcidas das parcelas já pagas. Recurso especial provido (STJ - REsp: 1032846 RS 2007/0197508-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/12/2008, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/06/2009).

natural da família é exercida pelos pais com relação aos filhos, pois estes necessitam da convivência familiar para a construção de uma personalidade saudável.

Outrossim, a sociedade impõe papéis diversos para o genitor e a genetriz. Além disso, o pai é aquele que empresta seu nome na certidão de nascimento do filho, ademais, é dever do pai a defesa e proteção do filho, de prezar pelo crescimento, saúde, educação, lazer, cultura e alimentação, além de garantir a convivência familiar. Por outro lado, o papel da mãe vai além da maternidade, que seria o ideal máximo da mulher, caminho de plenitude e realização da feminilidade. No entanto, entendo que tais conceitos se encontram defasados no atual contexto contemporâneo-constitucional, ou seja, os papéis bem definidos do pai e da mãe na entidade familiar em razão do gênero são prescindíveis, uma vez que os pares homossexuais, por exemplo, desejam e podem constituir família e desenvolver o projeto parental. Não poderia ser diferente, visto que não é o sexo dos pais (mães) que irá configurar-se como fator de preponderância ao bom desenvolvimento da criança, mas a qualidade da relação que aqueles conseguem estabelecer com esta e as funções que desempenharão.

Corroborando com o acima exposto, a Síntese de Indicadores Sociais de 2015 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE⁵ mostra que “o total de arranjos familiares e arranjos unipessoais passou de 56,4 milhões, em 2004, a 70,2 milhões, em 2014” e que de 2004 a 2014, a percentagem de famílias chefiadas por mulheres com filhos e sem cônjuge passou de 18,3% em 2004 para 16,3% em 2014 e outros tipos de arranjos familiares com parentesco saltou de 5,8% em 2004 para 6,3% em 2014.

Gráfico 01 – Arranjos Familiares no Brasil – Em milhões



Fonte: IBGE 2015

⁵ Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95011.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

Analisando os dados, percebemos que no Brasil existem famílias formadas por apenas um dos genitores, em projeto monoparental voluntário ou involuntário. As figuras do pai e da mãe muitas vezes são identificadas em outras pessoas do grupo familiar mais extenso, como nos avós e tios, como bem esclarece Lôbo (2011, p. 284):

No contexto atual, a cláusula de barreira tem como principal alvo as uniões homossexuais, motivo de acesa controvérsia na sociedade brasileira. Argumenta-se que a filiação adotiva deve imitar o padrão natural de família nuclear, com as figuras bem claras de pai e mãe, que seriam imprescindíveis para a formação da criança. Não há fundamentação científica para esse argumento, pois pesquisas e estudos nos campos da psicologia infantil e da psicanálise demonstraram que as crianças que foram criadas na convivência familiar de casais homossexuais apresentaram o mesmo desenvolvimento psicológico, mental e afetivo das que foram adotadas por homem e mulher casados.

Para mais, dentre os princípios fundamentais inerentes ao Direito das Famílias, deve ser levado ao *status* de também fundamental o Princípio da Afetividade que, inserido implicitamente no texto constitucional, fundamenta o Direito das Famílias na estabilidade das relações entre os membros do núcleo familiar, por meio da solidariedade e da responsabilidade, sobreposto ao caráter patrimonial ou biológico.

O estudo da Afetividade como princípio fundamental inerente às relações familiares tem sido objeto de estudo de diversos pesquisadores. Em pesquisa realizada na plataforma do Banco de Teses e Dissertações da CAPES, localizamos dezenove resultados, sendo dezoito dissertações de mestrado e uma tese de doutorado. As temáticas ao redor do Princípio da afetividade são as mais diversas possíveis, indo desde o reconhecimento da multiparentalidade, passando pela filiação socioafetiva, abandono afetivo tanto de crianças como de idosos, quanto os efeitos decorrentes da afetividade nas relações familiares.

Tabela 06 – Princípio da Afetividade - Produção por Tipos

Dissertações	18
Teses	01
Total	19

Percebemos, portanto, que o tema central dos trabalhos localizados na plataforma da CAPES é a inserção do Princípio da Afetividade como elemento agregador da família.

Dias (2015) entende que a afetividade entre os membros da família resultou na desbiologização da paternidade. Ele considera que o reconhecimento do afeto como valor

jurídico permite o acolhimento da filiação por outra origem, deixando de fundamentar-se exclusivamente no vínculo genético para amparar as relações afetivas entre pais e filhos, entre elas a filiação socioafetiva, que nasce culturalmente, exteriorizada pela convivência familiar, e é fundada na posse do estado de filho, produzindo todos os efeitos jurídicos.

Assim, entendemos que o afeto possui papel muito importante, pois é na família que se tem o primeiro contato com o próximo e, além disso, é o meio em que se adquire condições para o desenvolvimento regular de uma personalidade saudável, sem algum tipo de trauma, que será demonstrado futuramente no seio da sociedade.

Ademais, a afetividade deve ser considerada direito fundamental. Ora, a família socioafetiva se consolida na jurisprudência e doutrina no momento em que é declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental. A corresponsabilidade dos pais no exercício do poder familiar, bem como a não discriminação dos filhos e a paternidade responsável, garantiu uma realidade familiar concreta onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica.

Afirmar que o princípio da afetividade é garantia fundamental é corroborar o entendimento de que os irmãos, sejam biológicos ou adotados, não podem ser considerados desiguais, sob todos os aspectos da comunidade familiar.

Para a filosofia, nos termos de Abbagnano (2007, p. 22), o afeto nada mais é do que:

as emoções positivas que se referem a pessoas e que não têm o caráter dominante e totalitário da paixão (v.). Enquanto as emoções podem referir-se tanto a pessoas quanto a coisas, fatos ou situações, os A. constituem a classe restrita de emoções que acompanham algumas relações interpessoais (entre pais e filhos, entre amigos, entre parentes), limitando-se à tonalidade indicada pelo adjetivo "afetuoso", e que, por isso, exclui o caráter exclusivista e dominante da paixão. Essa palavra designa o conjunto de atos ou de atitudes como a bondade, a benevolência, a inclinação, a devoção, a proteção, o apego, a gratidão, a ternura etc, que, no seu todo, podem ser caracterizados como a situação em que uma pessoa "preocupa-se com" ou "cuida de" outra pessoa ou em que esta responde, positivamente, aos cuidados ou à preocupação de que foi objeto. O que comumente se chama de "necessidade de A." é a necessidade de ser compreendido, assistido, ajudado nas dificuldades, seguido com olhar benévolo e confiante. Nesse sentido, o A. não é senão uma das formas do amor.

Derivado dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, a aplicação do princípio da afetividade alterou, de forma significativa, a doutrina jurídica e a jurisprudência pátria. Percebemos, pois, com o fortalecimento de tal princípio, que a família restaurou sua função, qual seja, a proteção transindividual dos membros, unidos por laços afetivos.

Catarina Oliveira (2010, p. 47) defende que a afetividade merece atenção especial do jurista, vez que o afeto, retirado o invólucro da formalidade, passa a ser visto como aquilo que origina e mantém as famílias:

Não se pode negar a presença marcante do afeto nas relações de família, sobretudo no atual contexto social, onde a liberdade tem sido mais exercida que outrora. Contudo, é urgente esclarecer que afetividade é essa que merece preocupação do jurista, a partir da definição do seu objeto e do estabelecimento dos seus limites, para não correr o risco de ampliar ou restringir interpretações que possam afastar a realização da pessoa humana como titular da dignidade, uma vez que o afeto, em qualquer relação, ganha sentido na realização de quem pratica e de quem recebe.

Relevante observação faz Lôbo (2015), ao diferenciar a afetividade como princípio jurídico do afeto como fato psicológico ou anímico. A afetividade é uma presunção que gera deveres decorrentes dos vínculos familiares formados por meio das interações socioafetivas entre os membros de uma entidade familiar, sobrepostos sob os fins patrimoniais e biológicos dos integrantes.

Lima Rodrigues e Brochado Teixeira (2015, p. 17-19) afirmam que:

o princípio da afetividade funciona como um vetor que reestrutura a tutela jurídica do direito de família, que passa a se ocupar mais da qualidade dos laços travados nos núcleos familiares do que com a forma através da qual as entidades familiares se apresentam em sociedade, superando o formalismo das codificações liberais e o patrimonialismo que delas herdamos.(...)

A afetividade não comanda o dever de afeto, porquanto se trata de conduta de foro íntimo, incoercível pelo Direito. O grande desafio é que, por mais que se queira negar, o afeto consiste em um elemento anímico ou psicológico. E, sob um certo aspecto, que urge ser pontuado, é um fator metajurídico que não pode ser alcançado pelas normas das ciências jurídicas, mas apenas pela normatividade da Moral.

(...) afeto só se torna juridicamente relevante quando externado pelos membros das entidades familiares através de condutas objetivas que marcam a convivência familiar, e, por isso, condicionam comportamentos e expectativas recíprocas e, conseqüentemente, o desenvolvimento da personalidade dos integrantes da família. (...) Portanto, não é de (des)amor que se trata o afeto como fato jurídico, mas sim aquele que, quando exteriorizado na forma de comportamentos típicos de uma legítima convivência familiar é capaz de gerar eficácia jurídica.

O sentido, portanto, da afetividade para o direito se revela na conduta de assunção de responsabilidades conjugais e parentais, expressas propositivamente nas regras jurídicas, ganhando força objetiva para além de seu sentido subjetivo na linguagem comum dos sentimentos.

Diniz (2002) corrobora, afirmando que é um desafio a recuperação da primária função familiar, pois é necessário que no seio familiar exista uma renovação do amor e sucessivos

recasamentos para que a família continue a existir e sobreviver em busca da felicidade. Saliente-se que, numa época marcada pelo egoísmo e desrespeito para com o outro, manter a família harmônica é o desafio do século XXI.

Mais a mais, derivado dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, a aplicação do princípio da afetividade alterou de forma significativa a doutrina jurídica e a jurisprudência pátria. Em decisão inédita, em maio de 2012, o STJ⁶ decidiu condenar um pai a pagar indenização por dano moral em virtude de abandono afetivo da filha, após o reconhecimento da paternidade. Segundo a Ministra Nancy Andrighi da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça: “Amar é faculdade, cuidar é dever”. Afirmou-se ser possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais. Continuou:

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.

Em virtude dos princípios acima expostos e da evolução da sociedade, bem como do próprio movimento feminista, da libertação sexual, da consagração dos direitos reprodutivos e sexuais como direitos humanos (que serão tratados com a merecida atenção em tópico próprio) e da descrença no casamento como algo sacramentado, a entidade familiar teve seu conceito ampliado, tendo a afetividade como alicerce matricial de sua sustentação. Nesse ínterim são

⁶ **CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE** 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido (STJ Resp 1159242, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

abarcadas as outras modalidades de famílias, quais sejam, as famílias anaparentais⁷, as recompostas⁸, as homoafetivas⁹, dentre outras.

Por outro lado, o texto constitucional expressamente dispõe sobre o direito à igualdade no art. 5º, *caput* e inciso I, da CRFB/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (...).

Inicialmente a CRFB/88 estabelece a igualdade de gêneros, reflexo de séculos de tratamento discriminatório em que a mulher era considerada subalterna em relação ao homem. Todavia, a igualdade aqui representada não tem eficácia de eliminar a diferença entre os gêneros, ao contrário, a lei deve considerar todos igualmente, ressalvadas as suas desigualdades, conforme a ilustre lição de Rui Barbosa (2003, p. 27) “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam”.

Salientamos que a igualdade está intimamente ligada ao ideal de justiça, o que interessa particularmente ao direito. Bem verdade que os ideais de justiça e igualdade evoluíram, não bastando hoje apenas uma igualdade formal, onde é concedido a todos o mesmo tratamento, mas deve-se buscar uma igualdade material, uma vez que as pessoas não são iguais. Só assim atinge-se a justiça.

Ademais, no capítulo VII, artigos 226, §5º e 227, §6º, da CRFB/88, é estabelecida a igualdade no exercício de direitos e deveres do homem e da mulher, referente à sociedade conjugal, bem como a igualdade entre os filhos, advindos ou não do casamento e os socioafetivos, por meio da adoção. C. Ramos (2017, p. 566), em interessante lição sobre a igualdade, assim discorre:

A igualdade consiste em um *atributo de comparação* do tratamento dado a todos os seres humanos, visando assegurar uma vida digna a todos, sem privilégios odiosos. Consequentemente, *o direito à igualdade* consiste na *exigência de um tratamento sem discriminação odiosa, que assegure a fruição adequada de uma vida digna*.

⁷ A família anaparental decorre do prefixo “ana”, de origem grega, indicativo de “falta”, “privação”, ou seja, se caracteriza pela família sem a presença dos pais. Ela se constitui basicamente pela convivência entre parentes ou pessoas em um mesmo lar, “[...] dentro de uma estruturação com identidade de propósito” (DIAS, 2009).

⁸ As famílias recompostas são as que se constituem entre um cônjuge ou companheiro e os filhos do outro, vindos do relacionamento anterior (LÔBO, 2011, p. 95).

⁹ Também denominada união homoafetiva, para ressaltar a relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo, o que transcenderia o propósito sexual. O neologismo foi introduzido por Maria Berenice Dias (cf. DIAS, 2006, p. 175).

Além disso, registre-se que antes da repersonalização das relações familiares, com a promulgação da CRFB/88, o direito das famílias era rígido e estático, não se admitindo a liberdade dos seus membros para constituição de entidade familiar além da família matrimonializada, sacramentalizada e patriarcalizada. Atualmente, o princípio da liberdade aplicado às famílias garante o livre poder de escolha e autonomia na sua constituição, sem qualquer imposição externa do legislador ou até mesmo da sociedade.

Ao estudar a liberdade existencial da família e sua função no mundo contemporâneo, não podemos nos esquivar das profundas transformações que este instituto vem sofrendo ao longo do tempo; desde as grandes famílias compostas pelos indígenas, passando pelo núcleo pai-mãe-filhos, culminando nas famílias monoparentais e homoafetivas atuais.

Percebemos que o instituto do casamento, inclusive, foi reinventado. Antes visto como caráter instrumentalista, outorgado pela Igreja e chancelado pelo Estado, era garantia de estabilidade social e perpetuação das famílias tradicionais. Hoje, o casamento representa uma tentativa de viver um amor sem pretensões, sem necessariamente servir como instrumento para a constituição familiar.

João Baptista Villela (1980, p. 16), corroborando a afirmação acima, defende a ideia de que, quando se confrontam liberdade e família, o maior problema a ser resolvido é o ser, dentro da entidade:

Quando se confrontam liberdade e família, a primeira série de grandes problemas que se tem, se não em importância, ao menos na ordem ontológica, é precisamente o da liberdade de ser na família. Toda uma variedade de questões se abriga sob o que se poderia entender como bateria de alternativa em relação à entidade da família e que foram sugeridas ou reforçadas pela sociedade dessacralizada e pluralística em que hoje se vive.

Percebe-se, pois, que a liberdade na instituição da família também alcança o planejamento familiar. Ora, o exercício da paternidade e procriação não exige, inclusive, uma gestação própria, muito menos natural, podendo realizar-se sobre a prole biológica alheia ou em clínicas de reprodução. Todavia, a família é o ambiente da paternidade/maternidade por excelência. Assim, onde está presente o casamento, está propício o convite à paternidade/maternidade, mesmo essa função não sendo a única da família contemporânea.

A chegada de um novo membro na família, por exemplo, restringe a liberdade familiar do casal, seja ele heteroafetivo ou homoafetivo, uma vez que a criança, enquanto ser pequeno, frágil e sem autonomia, deve ter garantido o seu direito de ver asseguradas as condições necessárias ao processo de formação da sua personalidade e amadurecimento biológico.

Assim, nas palavras de Villela (1980, p. 30):

Nesse novo quadro de referências, o estalão geral que tudo determina e orienta é o bem do menor. Portanto, enquanto as prerrogativas dos pais, tutores, os guardiões sofrem todas as limitações que se revelem necessárias à preservação daquele valor, amplia-se a liberdade do menor em benefício de seu fundamental direito de chegar à condição adulta sob as melhores garantias materiais e morais.

A procriação, dentre várias outras características, como antiga função basilar da família, deixou de ser função essencial para a sua legitimação. Assim, a incidência das normas jurídicas para a proteção familiar independe de procriação, como era no passado. Evidente que o fato da procriação esteve sempre ligado ao conceito de família, pois é nesta que os filhos nascem e constroem sua personalidade. Ao analisar o CC/16 percebe-se que este fazia uma clara vinculação do casamento - e conseqüentemente da família - à geração de prole, na medida em que os filhos eram classificados em duas classes: os legítimos e os ilegítimos, ou seja, advindos ou não do casamento. Atualmente, com a repersonalização do direito das famílias, a procriação deixou de ser função essencial da família, e sua atenção se volta para os personagens que a compõem, independentemente da origem.

Para mais, embora não esteja expressamente previsto como princípio constitucional ou infraconstitucional, a felicidade deve ser alcançada pelo Estado na promoção do bem-estar de todos e na garantia do respeito à dignidade. Segundo Dias (2011, p. 94) “é indispensável lembrar que a própria finalidade do Estado é assegurar a todos o direito à felicidade, não só como um sonho individual, mas como meta social”. Assim, a família adquiriu um caráter democrático, plural, e uma unidade socioafetiva instrumentalizada para a busca da felicidade de seus membros. Dias (2015, p. 56) ainda complementa:

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. (...) Essa é a concepção **eudemonista** de família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental. A comunhão do afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.

Na concepção de Albuquerque (2011, p. 6), por sua vez, eudemonista:

é a afeição ínsita na família. O amor entre pais e filhos, se refere aos cuidados que um tem para com o outro. Portanto, família é aquela fundada no amor que traduz esta atenção especial entre pais e filhos. Este é o verdadeiro sentido da família eudemonista. Família base da sociedade, *locus* privilegiado e espaço de realização de todos os seus membros, independente do modelo familiar escolhido. Relações de afeto lastreadas nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Ora, somos responsáveis pelas profundas evoluções que a família sofreu no decorrer dos séculos. Os novos princípios e valores, como os acima expostos, contribuem para que a família alcance sua finalidade: a felicidade dos seus membros. Fato é, na medida em que a sociedade mudou, a família evoluiu. A afetividade, a igualdade e a liberdade da família contemporânea refletem o nosso tempo atual, de exaltação da dignidade dos membros da família. Deste modo, “enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade” (LÔBO, 2011, p. 17).

Com a repersonalização da família, o judiciário ampliou a definição de família a arranjos não previstos expressamente na Carta de 1988, mas que já existiam antes mesmo da sua promulgação, por meio da interpretação conforme. Quebrou-se, portanto, “o aprisionamento da família nos moldes restritos ao casamento” (DIAS, 2015, p. 131). Outras famílias foram surgindo, a exemplo da família homoafetiva.

Taturce (2006) afirma que os princípios ganharam novo papel na realidade pós-positivista, uma vez que são plenamente aplicáveis às relações entre os particulares. Dos princípios gerais percebemos a realidade posta aos princípios constitucionais, o que justifica que muitos princípios do atual direito das famílias encontram-se com *status* constitucional.

Ademais, recomenda-se prudência com relação ao papel do Judiciário na aplicação dos Princípios Constitucionais aplicáveis à família, que não é o de legislar. Razões políticas e desarrazoadas fazem de nosso Legislativo um Poder inoperante ao atendimento da nova realidade familiar brasileira, dificultando as adequadas e necessárias alterações legais, levando o Judiciário a tomar posturas que vão além de sua competência, visando dirimir, casuisticamente, os conflitos concretos.

Consequentemente, o caráter aberto dos Princípios Constitucionais torna-se fluido nas decisões mais variadas e subjetivamente fundamentadas, a depender do caráter mais formalista ou menos formalista do aplicador, por vezes até banalizando a técnica justa e útil da interpretação conforme a Constituição.

Há, portanto, contornos que podem e devem ser observados no reconhecimento da liberdade da constituição da família, do planejamento familiar, da livre aquisição do patrimônio, etc. A academia e a doutrina, pelo debate, são instrumentos que poderão facilitar a atividade do intérprete aplicador, fornecendo-lhe elementos objetivos e delineadores para uma conduta jurisprudencial mais uniforme e atenedora dos critérios de justiça, sem prejuízo de sua legitimidade em nosso sistema.

Nesta seção verificamos que, com a promulgação da CRFB/88, conhecida como a Constituição Cidadã, houve a repersonalização do direito de família, na medida em que o Estado deve garantir a proteção aos membros das entidades familiares, enquanto pessoas titulares de direitos e dignidade. Destacamos, ainda, os princípios constitucionais explícitos e implícitos, aplicáveis às relações familiares, tais como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a afetividade, a liberdade, a igualdade e a felicidade.

Por fim, percebemos a importância dos princípios constitucionais aplicáveis às relações familiares para este trabalho, na medida em que o legado do positivismo é um obstáculo nas experiências concretas humanas, em especial nas relações familiares. Ora, o positivismo tornou-se insuficiente para acompanhar as mudanças das configurações das famílias e da reinvenção das suas funções. Assim, tendo em vista a insuficiência da norma posta, os princípios constitucionais aplicáveis às relações familiares permitem a preservação e a proteção dos direitos humanos que estão intimamente conectados ao Direito das Famílias.

3 GÊNERO, SEXO E DEMOCRACIA

Nesta seção, com vistas à continuidade das perseguições relativas ao nosso objetivo central – qual seja analisar as estratégias discursivas que deram lugar à inclusão da família de pessoas do mesmo sexo na expressão entidade familiar no Brasil pelo STF (ADI 4.277 e APDF 132), na ideia de análise de Discurso Constituinte de Maingueneau – dedicaremos esta seção à problemática do gênero, às identidades sexuais, bem como ao heterossexismo como movimento político de marginalização e exclusão de minorias. Trataremos, ainda, sobre os direitos reprodutivos e sexuais como direitos humanos na construção de uma sociedade plural e democrática.

Inicialmente convém destacar que a história da homossexualidade apresentou evolução considerável desde os povos antigos aos atuais, que desencadeou a consolidação do direito à orientação sexual e do exercício dessa liberdade. Na antiguidade, esculturas e figuras já demonstravam a existência de tal prática, às vezes tolerada, por outras vezes condenada. Nas sociedades do ocidente, a exemplo da Inglaterra, havia proibição expressa da prática através do código *Buggery Act*, de 1533. Espanha e Portugal seguiriam mais tarde a mesma ideia proibicionista em razão da inquisição, transmitindo, inclusive, tais conceitos às suas colônias na América.

O dicionário Aurélio (2001) define *homossexual* como sendo “de, ou indivíduo que tem preferência sexual por outra pessoa do mesmo sexo que o seu”. Etimologicamente, homossexual deriva dos vocábulos *homo*, do grego *hómos*, que significa semelhante e *sexual*, do latim *sexu*, que é relativo ou pertence ao sexo. Didaticamente refere-se a um indivíduo que tem a preferência de praticar sexo com pessoa do mesmo gênero.

Dias (2015) trata da relação homossexual como sinônimo de relação homoafetiva, para ressaltar a relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo, o que transcenderia o propósito sexual. Utilizaremos o termo adotado por Berenice Dias, tendo em vista que usualmente é utilizado no âmbito jurídico no tratamento das uniões de pessoas do mesmo sexo, inclusive na ADI 4.277 e na ADPF 132, objetos desta pesquisa.

No passado, o termo “homossexualismo” era empregado para designar alguém com desvio de sexualidade do padrão. Tal característica era considerada uma patologia (*ismo=doença*). O termo homossexualismo cedeu lugar para o vocábulo “homossexualidade”

(*identidade sexual*), refletindo sobre o direito, uma vez que o homem é um ser de desejos e direitos. Felizmente, há pouco mais de dez anos, o homossexualismo foi retirado da Classificação Internacional de Doenças (CID) pela Organização Mundial de Saúde (OMS)¹⁰.

Salientamos que, ao lado da homossexualidade estão a bissexualidade, a heterossexualidade, a panssexualidade, a assexualidade, dentre outras orientações sexuais¹¹. Tais termos surgem das definições de sexo (definido anatomicamente pela biologia), gênero (sociológico, papel exercido na sociedade) e sexualidade (orientação da pessoa na busca do prazer sexual). Maria Rita de Holanda Oliveira (2013, p. 90) defende a ideia de que:

A construção dos gêneros e das sexualidades dá-se através de inúmeras aprendizagens e práticas, de forma explícita ou não, por um conjunto de instancias sociais e culturais, sendo um processo sempre inacabado, proveniente, portanto, das elaborações culturais da humanidade, na família, na escola, na religião, nas diversas instituições legais e médicas e que não demandam uniformidade.

O debate acima desagua no direito à livre orientação sexual que se encontra respaldado nos valores constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. A própria CRFB/88 estampa em seu preâmbulo a igualdade como um dos maiores valores do Estado Democrático de Direito. O texto constitucional trouxe à tona novas cores aos movimentos sociais na construção da igualdade em sentido mais amplo.

É preciso, pois, asseverar que a liberdade possui seu caráter pessoal quando permite ao indivíduo a possibilidade de escolha e oferece condições para que essas escolhas sejam efetivadas. Se por um lado é dado ao indivíduo a liberdade de expressão e crença, como também de pensamento, a ele também é dado o direito de se relacionar com quem desejar. Assim, o princípio da liberdade é vinculado à homoafetividade nos dizeres do ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2010, p. 665), *in verbis*:

Do princípio da liberdade decorre a autonomia privada de cada um. Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência.

Defendemos, portanto, que o Estado deve atuar de forma efetiva no combate à discriminação, uma vez que, embora as pessoas sejam iguais em direitos, existem diversidades naturais, culturais e sociais que não podem ser desprezadas.

¹⁰ Disponível em: <<https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/saude/ha-21-anos-homossexualismo-deixou-de-ser-considerado-doenca-pela-oms,0bb88c3d10f27310VgnCLD100000bbccceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

¹¹ Além da lei não ser o espaço adequado para trazer definições ou conceitos, são expressões que não dispõem de significado unívoco (DIAS, 2013, p. 522).

3.1 Representações de Gênero: Reflexões sobre a hegemonia patriarcal e o Heterossexismo

Tomando-se por ponto de partida a organização social e jurídica a partir da sexualidade, percebe-se a construção de uma moral sexual que determina as relações de poder e revela posições hierárquicas de uma perspectiva sexual em face de outras. Assim, “a moral sexual civilizada adotou o paradigma da moral masculina, na qual as restrições são feitas principalmente às mulheres” (PEREIRA, 2001, p. 54). Ademais, ao tratarmos de sexualidade e gênero, é indispensável traçar a trajetória feminista no combate ao patriarcalismo da família, com vistas a garantir a imposição da liberdade e igualdade entre os sexos.

Rodrigo da Cunha Pereira (2001) entende a sexualidade em seu sentido mais amplo e profundo para não reduzi-la apenas à genitalidade, que seria um empobrecimento da compreensão das relações humanas. Ou seja, a sexualidade deve ser entendida não apenas como sinônimo de órgãos sexuais, mas vinculada ao desejo. Se somos movidos pelo desejo, somos o que Pereira (2001, p. 58) define como “sujeito desejante”.

Por outro lado, há séculos a ideologia heteronormativa usa de argumentos biológicos, religiosos e políticos para determinar padrões a serem seguidos por todos e todas. A heteronormatividade, como o próprio nome já sugere, é uma norma heterossexual tomada como natural e já difundida em nossa sociedade. Meyer e Petry (2011, p. 195) explicam:

A heteronormatividade visa regular e normatizar modos de ser e de viver os desejos corporais e a sexualidade. De acordo com o que está socialmente estabelecido para as pessoas, numa perspectiva biologicista e determinista, há duas – e apenas duas – possibilidades de locação das pessoas quanto à anatomia sexual humana, ou seja, feminino/fêmea ou masculino/macho.

Assim, conforme a heteronormatividade, todos os sujeitos devem ter suas vidas organizadas conforme o modelo heterossexual, sejam heterossexuais ou não, havendo imposição da heterossexualidade compulsória, onde os sujeitos devem ser heterossexuais para serem considerados normais. Dessa forma, a heteronormatividade, como veremos a seguir, organiza a vida das pessoas, sendo um verdadeiro modelo político de organização social. Além do mais, verdade é que o feminismo e o não-heterossexual foram excluídos do centro das relações sociais.

Salientamos, outrossim, que nesse tópico faremos o resgate de algumas reflexões sobre os estudos de gênero desenvolvidos por Joan Scott (1995), Judith Butler (2015) e Paul B.

Preciado (2011), bem como a hegemonia patriarcal e o Heterossexismo debatidos por Richard Miskolci (2009), Anselmo Alós (2011) e Monique Wittig (2002), desvendando o “pensamento hétero” e a quebra da “ordem simbólica” como impeditivos da vivência de uma sexualidade plena.

Joan Scott (1995) busca compreender o gênero como uma categoria de análise, afirmando que as feministas passaram a utilizar o termo “gênero” em um sentido mais literal, como uma maneira de se referir à organização social da relação entre os sexos. Tal referência à gramática, segundo Scott, é ao mesmo tempo explícita, na medida em que o uso gramatical envolve regras formais que resultam na atribuição do masculino ou do feminino; e plena de possibilidades não examinadas, uma vez que em muitas línguas indo-europeias há uma terceira categoria: o sem sexo ou o neutro. Assim, mulheres e homens eram definidos em termos recíprocos, não sendo possível compreendê-los de forma isolada. Nos parece que tal perspectiva é corroborada pelo que Derrida (1967) conceituou como sendo complementaridade. Segundo ele, nossa linguagem opera em binarismos, de forma que o hegemônico só se constrói em uma posição necessária a algo inferior e abjeto, ou seja, um não existe sem o outro.

Scott (1995) explicita que, na gramática, o termo gênero é compreendido como uma forma de classificar fenômenos, um sistema socialmente consensual de distinções e não uma descrição objetiva de trações inerentes. Na contemporaneidade, o termo gênero, por sua vez, vem sendo utilizado para ressaltar o caráter social das distinções baseadas no sexo, ou seja, indicando uma rejeição do determinismo biológico implícito no uso de termos como “sexo” ou “diferença sexual”. O termo “gênero” enfatizava, ainda, o aspecto relacional das definições normativas da feminilidade. Na utilização recente e mais simples, gênero é sinônimo de mulheres. Assim, a definição de gênero construída por Scott tem duas partes e diversos subconjuntos que estão inter-relacionados, mas devem ser analiticamente diferenciados. O núcleo dessa definição repousa numa conexão integral entre: a) o gênero como elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos; e b) o gênero como forma primária de dar significado às relações de poder.

Por sua vez, Judith Butler (2015) trata da discussão sobre a dualidade sexo/gênero na perspectiva da Teoria *Queer*. A filósofa americana faz críticas à concepção que confunde gênero com sexo, quando o feminino é categoria que só funciona dentro do humanismo machista. Para Butler (2015, p. 26), é necessário desconstruir a vinculação entre sexo e gênero por meio da ideia de que “levada a seu limite lógico, a distinção sexo/gênero sugere uma descontinuidade radical entre corpos sexuais e gêneros culturalmente construídos”. E se o

gênero é o conjunto dos significados ostentados pelo corpo sexuado, não se pode afirmar que ele decorre de um sexo, afinal, “se o caráter imutável do sexo é contestável, talvez o próprio constructo chamado ‘sexo’ seja tão culturalmente construído quanto o gênero” (BUTLER, 2015, p. 27).

Observamos que, na perspectiva da Teoria *Queer*¹², tanto o sexo como o gênero são produzidos discursivamente e ambos inscritos num conjunto de moralismos, práticas e significados. Nesse sentido, abandona-se a separação entre o sexo e o gênero, como se ambos fossem um só elemento, inscritos materialmente no corpo. Butler (2010) defende o sujeito não preexistente, quer dizer, ela afirma que o sujeito é construído no discurso pelos atos que executa, ou seja, ele se constrói e desconstrói o tempo todo; e que o gênero não é algo que se é, e não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado.

No entanto, para que a Teoria *Queer* seja entendida é necessário também analisar a figura do sujeito como não sendo pré-existente. Butler (2002, p. 13) defende a ideia de que o sujeito vive em constante processo construtivo, constituído nos discursos pelos atos que ele executa. Para isso ela utiliza a genealogia moral de Nietzsche:

Os corpos vivem e morrem; comem e dormem; sentem dor e prazer; suportam a enfermidade e a violência e alguém poderia proclamar ceticamente que estes “fatos” não podem se descartar como uma mera construção. Seguramente deve haver algum tipo de necessidade que acompanhe estas experiências primárias e irrefutáveis. E seguramente há. Porém seu caráter irrefutável de modo algum implica o que significaria afirmá-las nem através de que meios discursivos.

Para Butler (2015) a construção política do sujeito procede vinculada a certos objetivos de legitimação e de exclusão, tal preceito desagua no poder jurídico que, com efeito, a lei produz e depois oculta a noção de ‘sujeito perante a lei’. Ainda sobre a Teoria do gênero, para Butler, o gênero deve ser encarado como *performativo*. Para tanto, ela considera que os gêneros são produzidos como efeitos da verdade de um discurso sobre identidade primária e estável, não

¹² A Teoria Queer não propõe um modelo “queer” de mundo. O queer é justamente o estranho. É aquele que se narra ou é narrado fora das normas. A Teoria Queer propõe o questionamento às epistemes (pressupostos de saber), ao que entendemos como verdade, às noções de uma essência do masculino, de uma essência do feminino, de uma essência do desejo. Para a Teoria Queer é preciso olhar para esses conceitos e tentar perceber que não se tratam, de forma alguma de uma essência, ou mesmo, que não há uma ontologia do todo, mas, no máximo, uma relação de mediação cultural dos marcadores biológicos. A teoria queer, é uma teoria de empoderamento dos corpos subalternos, e não o empoderamento assimilacionista. O empoderamento que nos faz fortes em nossas margens e ocupar os espaços com nossos corpos transviados. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/osentendidos/2015/06/07/teoria-queer-o-que-e-isso-tensoes-entre-vivencias-e-universidade/>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

podendo ser verdadeiros nem falsos. A teoria de performatividade de gênero surge da ideia de que

os atos e gestos, os desejos articulados e postos em ato criam a ilusão de um núcleo interno e organizador do gênero, ilusão mantida discursivamente com o propósito de regular a sexualidade nos termos da estruturanorbigatória da heterossexualidade reprodutora (BUTLER, 2015, p. 235).

Mais a mais, Butler (2015, p. 235-243) enxerga, ainda, a existência da “paródia de gênero”, onde o sexo e o gênero são desnaturalizados por meio de uma *performance* repetida, que conforme se repete, ritualiza sua legitimação. Assim, tal repetição é “a um só tempo reencenação e nova experiência de um conjunto de significados já socialmente estabelecidos”. Portanto, o gênero é “uma identidade tenuamente constituída no tempo, instituído num espaço externo por meio de uma *repetição estilizada de atos*” e “como estratégia de sobrevivência em sistemas compulsórios, (...) é uma *performance* com consequências claramente punitivas”.

Ora, se para a Teoria *Queer* o gênero é um constructo, e como tal, questiona a centralidade dos mecanismos sociais relacionados à influência do dualismo hetero/homossexual para aparelhamento da vida em sociedade, por que razão há uma política de valorização de uma expressão de sexualidade e desvalorização de outras?

A resposta parece não ser tão simples. Para respondermos tal questionamento, recorreremos à sexopolítica e aos conceitos de heteronormatividade, heterossexualidade compulsória e à performatividade de gênero traçados pela Teoria *Queer*.

Para Paul B. Preciado¹³ (2011) uma das formas dominantes de ação biopolítica no capitalismo contemporâneo é a sexopolítica. Defende a ideia de que o sexo entra no cálculo do poder, fazendo dos diversos discursos sobre identidades sexuais um agente de controle da vida. O autor traz referências de Foucault em que este, contestando a sexopolítica, diz que biopoder não faz mais do que produzir as disciplinas de normatização. Entendemos, pois, que a sexopolítica não pode, portanto, ser reduzida à regulação das condições de reprodução da vida nem aos processos biológicos que se “referem à população”. Bem verdade que anteriormente as disciplinas biopolíticas funcionaram como uma máquina de naturalizar o sexo, e essa máquina permitiu a criação da noção de gênero no séc. XIX para possibilitar que crianças intersexuais e pessoas transexuais tivessem a possibilidade de modificação cirúrgica e hormonal do sexo genital. Tais pessoas modificadas pela medicina foram categorizadas em minorias

¹³ Conhecida originalmente como escritora e identificada como lésbica, Preciado anunciou em 2014 que estava em transição e, em janeiro de 2015, mudou seu primeiro nome para Paul. Disponível em: <http://www.liberation.fr/chroniques/2015/01/16/catalogne-trans_1182248>. Acesso em: 3 mai. 2018.

construídas como “anormais” em benefício da regulamentação normativa do corpo da massa. Ora, percebemos que essa multiplicidade de anormais reforça a potencialidade do Império Sexual em normatizar e controlar.

Assim, neste contexto, Preciado (2011) entende que as minorias sexuais se tornam multidões chamadas de *queer*. Ademais, dentro da noção de políticas das multidões *queer*, “o corpo não é um dado passivo sobre o qual age o biopoder, mas antes a potência mesma que torna possível a incorporação protéstica dos gêneros” (PRECIADO, 2011, p. 14). O corpo da multidão é centralizado na “desterritorialização” da heterossexualidade, que afeta tanto o espaço urbano quanto o espaço corporal. Tal processo do corpo obriga a resistir-se aos processos de tornar-se “normal”.

Outrossim, é preciso evitar duas armadilhas conceituais e políticas, segundo Preciado (2011) citando Foucault: a primeira diz respeito a uma apropriação da potência política dos anormais numa ótica de progresso, já a segunda armadilha ignora os privilégios da maioria e da normalidade (hétero)sexual, não reconhecendo que esta é uma identidade dominante. Ora, é preciso admitir que os corpos não são mais dóceis, é preciso “desidentificação”, na medida em que surge, das “sapatas” que não são mulheres, das bichas que não são homens, das trans que não são homens nem mulheres; “identificações estratégicas” quando “sapatas” e “bichas” são transformadas em possíveis lugares de produção de identidades resistentes à normalização, atentas ao poder totalizante dos apelos à “universalização”.

Saliente-se que os corpos da multidão *queer* são também as ressignificações da própria pornografia e da anatomia humana e não estão vinculados à ideia de “terceiro sexo”. Portanto, “a política da multidão *queer* não repousa sobre uma identidade natural, nem sobre uma definição pelas práticas sexuais, mas sobre a multiplicidade de corpos que se levantam contra os regimes que os constroem como *normais* e *anormais*” (PRECIADO, 2011, p. 16).

Ademais a construção da normalidade sexual repousa na heterossexualidade como modelo de sexualidade padrão, tornando-o legítimo, natural e compulsório. Ou seja, infere-se que as pessoas no círculo social são heterossexuais por natureza e, sendo assim, a heterossexualidade torna-se fundamento da sociedade. “Parte do problema aí proposto é que sexo/gênero tem sido uma das poucas áreas em que a corporificação pode ser discutida em discursos ocidentais” (OLIVEIRA, 2007, p. 139). Assim, a sociedade atribui papéis aos gêneros em função do sexo que dispõem e, conseqüentemente, cria-se uma espécie de hierarquização dos sexos, fortalecendo a discriminação de gênero. Stephanie Arc (2009, p. 30) afirma que “essas ideologias que pregam a superioridade de um gênero sobre outro (sexismo) e de uma

orientação sexual sobre outra (heterossexismo) dão sustentação ao sistema social e organizam o controle dos gêneros”.

A heterossexualidade compulsória, nada mais é que “a compreensão de que a ordem social contemporânea não difere de uma ordem sexual. Sua estrutura está no dualismo hetero/homo, mas de forma a priorizar a heterossexualidade” (MILKOLCI, 2009, p. 4). Assim, as obrigações sociais, suas expectativas e demandas, são originadas de um pressuposto de heterossexualidade natural. Ou seja, a sustentação da heterossexualidade compulsória é a crença de sua naturalidade como sustentáculo das relações sociais.

Outrossim, Miskolci resgata as lições de Warner que, em 1991, afirmou que a ordem social do presente tem fundamento na heteronormatividade. Assim,

Por heteronormatividade entendemos aquelas instituições, estruturas de compreensão e orientações práticas que não apenas fazem com que a heterossexualidade pareça coerente – ou seja, organizada como sexualidade – mas também que seja privilegiada. Sua coerência é sempre provisional e seu privilégio pode adotar várias formas (que às vezes são contraditórias): passa despercebida como linguagem básica sobre aspectos sociais e pessoais; é percebida como um estado natural; também se projeta como um objetivo ideal ou moral (MISKOLCI *apud* WARNER, 2009, p. 5).

Ora, percebemos que a ordem social anterior exigia que todos os indivíduos fossem heterossexuais. Atualmente, a ordem social exige que tanto heterossexuais, homossexuais e outros sujeitos organizem suas vidas de acordo com um modelo coerente com a heterossexualidade. Assim a heteronormatividade se mostra presente, inclusive, entre as pessoas que não são heterossexuais, ou seja, esses sujeitos (não-heterossexuais) devem manter uma linearidade de gênero (homens devem ser másculos e mulheres devem ser femininas) para que se tornem coerentes. Além disso, a heteronormatividade tem como objeto normalizador os sujeitos cristãos, de nível socioeconômico elevado e brancos. Tais características montam o perfil aceito pela sociedade e considerado natural. Portanto, “heteronormatividade é a produção e a reiteração compulsória da norma heterossexual” (LOURO, 2009, p. 90).

No mais, os estudos sobre a sexualidade são importantes e necessários na medida em que implicam penetrar nos meandros da heteronormatividade, que de certa forma é responsável pela materialização da LGBTfobia¹⁴ e dos sistemas de controle das relações afetivas entre

¹⁴ Regina Facchini sugere que essas conexões ativas, notadamente as agências estatais e o mercado segmentado, contribuem para reforçar a adesão a um sistema classificatório baseado na distinção de orientação sexual e, assim, tornam viável uma modalidade de política identitária. Podemos acompanhar, então, a proliferação de siglas (a “sopa de letrinhas”) e a decorrente multiplicação de categorias destinadas a nomear o sujeito político do movimento: GLT (gays, lésbicas e travestis) e GLBT (gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros) são siglas propostas em diálogo crítico com outras, como GLS (que preservava certa ambigüidade classificatória em nome

pessoas do mesmo sexo. De certa forma, ao longo da história do movimento LGBTTTT, algumas expressões foram criadas, modificadas ou excluídas. Lembremos que o mercado específico para o público homossexual era denominado pelas siglas GLS (gays, lésbicas e simpatizantes) e, por outro lado, as disputas políticas desencadearam o movimento LGBT, que, tendente a abarcar o maior número de categorias, colocou o L (lésbicas) na frente da nomenclatura para dar maior visibilidade ao movimento lésbico. Outros conceitos importantes criados no movimento gay (*lato sensu*) são a homofobia, hoje LGBTfobia; e a hetenormatividade, extremamente relevantes para entender as relações de poder entre os gêneros e os sexos.

No que se refere a homofobia (LGBTfobia), Borrillo (2015, p. 13) a define como sendo a “atitude de hostilidade contra as/os homossexuais; portanto, homens ou mulheres”. O autor sustenta que a homofobia é fruto de uma manifestação arbitrária, consistente em designar o outro como inferior, oposto e anormal e, para tanto, o outro é marginalizado e excluído do universo comum dos seres humanos.

Por outro lado, no que tange ao reconhecimento da união civil entre pessoas não-heterossexuais, no artigo “O parentesco é sempre tido como heterossexual?”, Butler questiona o direito de petição ao Estado para legitimar o casamento entre não-heterossexuais. Para ela, o Estado deveria conceder tal direito de maneira não-discriminatória, independente de orientação sexual, com vistas a garantir a igualdade entre os sujeitos. Ora, “mesmo que alguém que deseje tornar o casamento uma opção para não-heterossexuais, a proposição de que o casamento deva se tornar a única maneira de sancionar ou legitimar a sexualidade, significa um conservadorismo inaceitável” (BUTLER, 2003, p. 231).

Butler (2003) questiona de quem é o desejo de legitimação do Estado e quem deseja o desejo do Estado. Para a filósofa estadunidense, quando alguém requer o reconhecimento do Estado para a legitimação do casamento, estar-se-ia tornando público assuntos eminentemente da seara privadas dos cidadãos, bem como de santificar uma sexualidade marginalizada. No entanto Butler (2003, p. 239-240) reconhece um dilema:

de um lado, viver sem normas de reconhecimento provoca sofrimento significativo e formas de “desempoderamento” que frustram as próprias distinções entre as conseqüências psíquicas, culturais e materiais. De outro, a demanda por reconhecimento, que é uma demanda política muito poderosa, pode levar a novas e odiosas formas de hierarquia social, a uma renúncia apressada do campo sexual, e a novas maneiras de apoiar e ampliar o poder

da inclusão); ou HSH (homens que fazem sexo com homens), das políticas de saúde (que buscava contornar o problema da falta de coincidência entre comportamentos e identidades sexuais).

do Estado, se não se institui um desafio crítico às próprias normas de reconhecimento fornecidas e exigidas pela legitimação do Estado.

Assim, infere-se que Butler, ao tratar do parentesco e do reconhecimento pelo Estado do “casamento não-heterossexual”, coloca o Estado como uma entidade complexa, não reduzida simplesmente à lei, e o poder não se reduz ao poder do Estado.

Ainda sobre a teoria de gênero discutida nas relações de performatividade - advinda da filosofia da linguagem - apoiada nas reflexões de Judith Butler, sublinhando a importância dos processos performativos que constituem o gênero, corpos e heterossexualidade como contratos culturais, Anselmo Alós (2011) discute as pedagogias culturais como sendo utilizadas para designar um vasto conjunto de lugares e práticas de aprendizagem que se dão no exterior dos domínios da maquinaria escolar.

Ora, a coerência entre sexo, gênero e sexualidade oculta uma série de instabilidades na sociedade que emergem por ocasião das identidades gays, lésbicas, bissexuais e transgêneras, e que denunciam o caráter não-original da própria heterossexualidade, sendo o que Butler chamou de “uma falsa estabilidade”. Assim, segundo Butler (2015), é apenas dentro das dimensões da linguagem, da cultura e do simbólico, através das práticas performativas de reiteração, que o corpo torna-se possível de ser pensado.

Ao problematizar o corpo e o gênero, Alós (2011) afirma não ser possível pensar a diferença sexual sem remeter a uma reflexão aprofundada sobre o *status* do corpo. Ou seja, se a mente é o lugar do conhecimento e da identidade, o corpo, por sua vez, reduz-se a mero receptáculo da mente e objeto de conhecimento. Logo, o lugar da identidade, o lugar da razão é a mente. Ademais, quando se afirma que o sexo e o corpo são construções culturais, não se quer em nenhum momento negar a materialidade dos corpos ou a existência de uma diferença anatômica entre homens e mulheres, o que se quer relativizar é o caráter naturalizado e essencializado do sistema conceitual de relações que equaciona sexo e corpo.

No entanto, compreendemos que o gênero é conceituado para pensar as relações entre o homem e a mulher, entre o feminino e o masculino, sendo tal vinculação sempre relacional, uma vez que é a partir das relações de gênero que duas identidades sociais são compreendidas e construídas, embora sejam mutualmente excludentes: o homem e mulher. Assim, segundo Alós (2011, p. 429) “a distinção entre o sexo e o gênero foi estabelecida pelo discurso feminista com a intenção de questionar a premissa *biologia é destino*, pois, mesmo que a diferença sexual esteja situada no âmbito da biologia, é apenas quando é simbolizada” que “essa diferença produziria a diferença entre os gêneros”. Surge, aqui, nas palavras de Butler (2015, p. 26) que

“o gênero é culturalmente construído: conseqüentemente, não é nem o resultado causal do sexo, nem aparentemente tão fixo quanto o sexo”.

Saliente-se que a lógica heteronormativa está calcada em uma relação binária, complementar e oponente, simultaneamente entre os gêneros feminino e masculino. Portanto, tendo por pontapé inicial a locução de reprodução e conseqüentemente a manutenção da espécie, a prática heterossexual seria a única expressão sexual, natural e legítima da sexualidade, uma vez que aquela determina papéis exclusivos para homens e mulheres na cadeia socrionormativa. Nesse sentido, Alós (2011, p. 431) adverte:

Ainda que o “fundacionismo biológico” não esteja atrelado à determinação da identidade de gênero via sexo anatômico (tal qual o está no determinismo biológico), ele pressupõe que os significados atribuídos ao que se entende por *masculino* e por *feminino* são: a) uma constante pouco variável que perpassa praticamente todas – se não todas – as culturas humanas; e b) um atributo identitário cuja legitimidade é reconhecida plenamente quando apenas o sujeito que o invoca o faz a partir de um pressuposto: o da *genitália adequada à identidade de gênero pleiteada*.

Por outro lado, no contexto de segregação e exclusão, a hierarquização do sexo/gênero excluiu as mulheres, feministas e não-feministas e os homens não-heterossexuais da sociedade organizada, demonstrando o efeito mais negativo da história ocidental. Nesse contexto não basta afirmar que a sexualidade é historicamente construída, mas é necessário reconhecer, também, que a história, ela mesma, é sexualmente construída, na medida em que é construída pelos homens, brancos, héteros, burgueses, e que qualificaram a história como patriarcal.

Assim, conforme ensina Monique Wittig (2002), autora de “O Pensamento Hétero”, a linguagem enquanto fenômeno tem dominado os sistemas modernos e sociais e, como tal, entrou nas discussões políticas dos movimentos sociais de libertação de lésbicas e mulheres. Ora, a linguagem é um instrumento direto de poder que é usada por pessoas para transformar a realidade social.

Wittig (2002) defende que as disciplinas que se desenvolveram com base no estruturalismo sofreram grande influência da ciência da linguagem. Percebeu-se que o mundo inteiro é um grande registro de linguagens, onde uma se entrelaça na outra, formando uma cadeia, apoiando-se umas nas outras. A linguística deu origem, portanto, à semiologia e a linguística estrutural deu origem ao estruturalismo que, por sua vez, originou o Inconsciente Estrutural. Essa cadeia de ciências produz uma estática confusa, fazendo com que os oprimidos percam de vista a causa material da opressão e sejam lançados numa espécie de vácuo a-histórico.

Os discursos produzidos por essa cadeia geram inúmeras variantes. A autora cita como exemplo a linguagem simbólica, pois esta funciona com poucos elementos que os tornam fáceis de serem impostos. Assim, para Wittig (2002, p. 2),

a linguagem simbólica é extremamente pobre e na sua essência cheia de lacunas, as linguagens ou metalinguagens que a interpretam estão-se a desenvolver, cada uma delas, com uma riqueza, um aparato, que até agora apenas as exegeses bíblicas conseguiram igualar.

Mais a mais, o pensamento hétero, enquanto fenômeno da linguagem, é exposto no momento em que “os discursos que oprimem lésbicas, mulheres, e homens homossexuais, são aqueles que tomam como certo que a base da sociedade, de qualquer sociedade, é a heterossexualidade” (WITTIG, 2002, p. 2). Observamos que no Direito, por exemplo, existe uma forte tendência em vincular o casamento à união entre homem e mulher, apenas e com fins exclusivos de procriação. Reflexos desses discursos irradiam, por exemplo, nos direitos aos alimentos, à sucessão e ao patrimônio comum da família homoafetiva. Tais discursos negam-nos, segundo Wittig (2002), toda a possibilidade de criar as nossas categorias e sua ação é implacável tirania sobre nossos seres físicos e mentais.

Ainda para Wittig (2002), a heterossexualidade deve ser entendida como um regime político, mais especificamente, o regime político heterossexista que submete tanto as mulheres sob a pressão patriarcal machista, quanto os não-heterossexuais (gays e lésbicas) à sua normatização. E não somente a sociedade heterossexual é aquela que oprime muitos tipos de homens, como também todos aqueles homens que se encontram em posições de dominação. Assim, o pensamento hétero universaliza a produção de conceitos, a exemplo da família, considerada como a união entre homem e mulher, heterossexuais apenas. Tal universalização cria uma relação obrigatória entre o homem e a mulher, por seu caráter opressivo, pois ele tende a universalizar os seus conceitos em leis gerais que serão aplicáveis a todas as sociedades, a todas as épocas e a todos os indivíduos, sejam eles heterossexuais ou não-heterossexuais.

No entanto, no pensamento heterossexista a “Ordem simbólica” é mantida, uma vez que rejeitar as obrigações sociais relacionadas ao coito e à reprodução é rejeitar a própria sociedade, visto que esta se constrói com a constituição do outro e da perpetuação da própria espécie. A ordem simbólica versa sobre os sentidos que o ser humano dá às coisas, além de sua aparência material. A sexualidade em si, como integrante desta ordem simbólica, se apresenta com restrições que definem as relações sexuais legítimas e ilegítimas para a manutenção da espécie. Assim, “o lesbianismo, a homossexualidade e a sociedade que formamos não podem ser pensados nem falados, embora sempre tivessem existido” (WITTIG, 2002, p. 4).

Wittig (2002) defende que não podemos deixar a linguagem no pensamento hetero/dominador, pois é necessário produzir um discurso que mostre suas variantes e não apenas um pensamento minado, uma vez que o padrão heterossexista foi rompido e as feridas abertas mostram as invariantes da sexualidade humana.

Concordamos com a ideia da autora, uma vez que a heterossexualidade, enquanto orientação sexual dominante, oprime aqueles que não se encaixam na orientação sexual padrão. Ademais, a consequência dessa opressão desagua na categorização dessas sexualidades como sendo anormais, perversivas e patológicas. Não é a toa que existem alguns “tratamentos” psicocognitivos em busca da cura-gay, sem qualquer respaldo científico e tampouco reconhecido pelo Conselho Federal de Psicologia.

Por fim, as questões identitárias vinculadas à expressão da sexualidade, as relações afetivas e sexuais propriamente ditas e a relação entre os direitos humanos, a cidadania e a democracia construíram o que Raupp Rios conceitua como *direito democrático da sexualidade*. A consagração dos direitos sexuais como direitos humanos serão tratados, no tópico seguinte desta seção, como corolário do reconhecimento jurídico das uniões por pares do mesmo sexo, em contraponto a Teoria *Queer*.

3.2 Direitos Sexuais e Reprodutivos como Direitos Humanos

Os direitos reprodutivos, em que se alberga o planejamento familiar, assim como os direitos individuais à vida, buscam uma interação com os direitos sociais, como o direito à saúde, à educação e ao trabalho. Tem por principais objetivos a redução das violações à autonomia das pessoas, a integridade física e psicológica, além da garantia dos meios necessários para o ser humano alcançar seu bem-estar sexual e reprodutivo.

Reconhecer os direitos reprodutivos como direitos humanos é declará-los como princípio fundamental para a reconstrução do discurso de direitos. Com essa declaração, diferenças de geração, classe, cultura, gênero e outras passam a ser consideradas no mesmo instante em que são reconhecidas as necessidades sociais.

Carolina Valença Ferraz (2013) entende que a liberdade se refere a vivenciar a sua sexualidade sem amarras e imposições, sem restrições sociais ou legais, sendo produto da contemporaneidade e de uma maior maturidade na doutrina e na prática dos direitos humanos.

Evidente que o reconhecimento das relações amorosas foi negado, durante muito tempo, às pessoas homossexuais. A diversidade era, portanto, punida pela exclusão de direitos ou pior, pelo total desprezo jurídico dessas relações. O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, defende a ideia de que “retirar do indivíduo o direito de escolher a quem vai dedicar o seu afeto, ou ainda de viver a verdade da sua condição sexual, é restringir a existência humana não assegurando o mínimo existencial” (BARROSO, 2010, p. 666).

Por outro lado, consideramos as relações afetivo-sexuais vinculadas ao direitos reprodutivos e sexuais que são, portanto, direitos fundamentais básicos, legitimados, inclusive, pela ordem mundial desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e pelas diversas tratados internacionais (Convenções e Pactos), leis nacionais, e pelos documentos consensuais (Plataformas de Ação das Conferências Internacionais das Nações Unidas) sobre direitos humanos.

Flávia Piovesan (2002), em estudo sobre Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos, afirma que essa visão humanista do direito é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. O processo de universalização dos direitos humanos permitiu, por sua vez, a formação de um sistema normativo internacional de proteção destes direitos. Segundo Piovesan (2002, p. 7), é neste contexto que nasce a vinculação dos direitos reprodutivos com direitos humanos, assim:

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nesta ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Transita-se do paradigma do homem, ocidental, adulto, heterossexual e dono de um patrimônio para a visibilidade de novos sujeitos de direitos. Neste cenário as mulheres devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial. Firma-se, assim, no âmbito do sistema global, a coexistência dos sistemas geral e especial de proteção dos direitos humanos, como sistemas de proteção complementares.

Ao analisarmos as relações entre gênero e direitos humanos identificamos duas premissas diversas e complementares. De um lado, a liberdade e a autodeterminação como o livre exercício da reprodução humana e da sexualidade, intocado pela discriminação, violência ou qualquer outra forma de coerção, ou seja, a liberdade para procriar encontra-se respaldada no direito individual de cada parceiro somado ao direito fundamental de constituir família do casal; e de outro, direitos albergados pela autonomia individual sem que haja a interferência estatal para coibir, mas tão somente para proteger.

Neste contexto, o papel do Estado, enquanto ente responsável pelo equilíbrio populacional e pela proteção da família, é garantir acesso a informações, meios e recursos seguros, disponíveis e acessíveis para o controle da natalidade, assegurando o exercício de uma vida sexual segura e satisfatória, eliminando doenças e enfermidades do sexo. *In loco*, o Estado intervém como garantidor da efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos como direitos sociais na implementação de políticas públicas, assegurando-se a saúde e a educação sexual e reprodutiva.

Ao tratarmos de direitos reprodutivos afirmamos que o exercício de tais direitos são corolários da proteção da família. Pois bem, a seguir trataremos dos direitos sexuais, tendo por base os princípios constitucionais de liberdade, igualdade e não-discriminação, abordando as questões protetivas, defensivas e positivas propostas por Roger Raupp Rios (2006).

Há muito se fala em “diversidade”, “orientações sexuais”, “gêneros”, “sexo” e “identidades” para indicar as práticas no mundo sexual. Todavia, conforme exposto acima, o heterossexismo vincula a orientação sexual heteronormativa como sendo única a merecer proteção do Estado, sendo a única legítima. Em contrapartida o gênero é problematizado, na medida em que é socialmente construído, conforme definido pela Teoria *Queer*. Aliás, a própria identidade sexual é vinculada a dicotomia sexo/gênero e aquela identidade construída aquém da moldura “padrão” é rechaçada e marginalizada.

Rios (2006, p. 79) estabelece um liame entre os direitos reprodutivos e sexuais, afirmando que

são categorias jurídicas vocacionadas a problematizar fenômenos e relações sociais entabuladas não só por mulheres, mas também por homens. Tais direitos se fazem necessários, de modo proeminente, nas discussões a respeito da expressão sexual, aqui entendida na sua forma mais ampla, abarcando orientação sexual homossexual, heterossexual, bissexual, transexualidade e travestismo. A eles também não pode se furtar o debate sobre o acesso às diversas modalidades técnicas de reprodução assistida.

Ora, o direito sexual deve estar intimamente vinculado ao princípio da liberdade sexual, derivado da liberdade genérica expressamente protegida no texto constitucional. Saliente que o art. 5º, inciso X da CRFB/88, dispõe sobre a proteção da intimidade e da vida privada. Tais mandamentos devem garantir aos cidadãos um limite da intervenção estatal na sua esfera íntima, bem como impedir que os indivíduos sejam vítimas de preconceitos e rótulos em razão de seu sexo, gênero e orientação sexual.

O Estado, por sua vez, como uma máquina pública de proteção dos cidadãos, estabelece uma série de modelos de comportamento e organização social. A eleição de tais modelos como legitimados pelo Estado subordina os sujeitos a serem classificados de acordo com o que os aparelhos do Estado definem como certo ou errado, lícito ou ilícito, legítimo ou ilegítimo. Observamos que aqueles que não têm clareza sobre a sua identidade sexual, muitas vezes são submetidos a cirurgias de redesignação, ablação dos seios e outras remodelações do corpo. Mas até que ponto essas cirurgias têm atendido a um real desejo do transexual em se sentir adequado ao corpo em que habita, ou, ao invés disso, ou mais que isso, atende a um mecanismo de controle social e jurídico que se propõe a adequá-lo a um modelo de "coerência" entre corpo e desejo dentro da "normalidade" heteronormativa, qual seja, ao padrão de aparência do casal "macho e fêmea"? Pois bem, sustenta-se que o biológico não faz o gênero, mas refabrica-se o biológico para sentir-se adequado ao gênero. No entanto, percebe-se que tais intervenções têm atendido mais a uma adequação a um modelo-padrão social do que abolido uma insatisfação com o próprio corpo.

Para Dias (2014, p. 42-44) a ideologia do modelo de sexualidade binário ignora ou proíbe os matizes e mudanças sexuais. Assim, só aconteceria a fruição de uma sexualidade plena “se fosse abolido o sistema binário que caracteriza as atuais relações de poder entre os gêneros, isto é, se fossem rejeitadas as representações sobre o sexo que são impostas como *naturais* pela ideologia dominante”.

As questões mais complexas de gênero foram tratadas acima. Aqui, cabe-nos delimitar liberdade, igualdade e não-discriminação como pilares de sustentação ao que Rios (2006, p. 82-83) define como “Direito Democrático da Sexualidade”:

um direito da sexualidade deve cuidar não só da proteção de um grupo sexualmente subalterno em função do gênero e do sexo. Outras identidades reclamam essa proteção, como ocorre com gays, lésbicas e transgêneros. Mais além: o direito da sexualidade não pode se esgotar na proteção identitária, seja de que grupo for. A proteção jurídica de condutas e preferências sexuais não necessariamente vinculadas a identidades aponta para isso, como demonstra o sadomasoquismo ou outras formas de erotismo “nãoconvencional” (Taylor,

1997, p. 106). (...) e pode propiciar proteção jurídica e promoção da liberdade e da diversidade sem fixar-se em identidades ou condutas meramente toleradas ou limitar-se às situações de vulnerabilidade social feminina e suas manifestações sexuais. É necessário invocar princípios que, velando pelo maior âmbito de liberdade possível e igual dignidade, criem um espaço livre de rótulos ou menosprezos a questões relacionadas à homossexualidade, bissexualidade, transgêneros, profissionais do sexo.

De fato, os direitos sexuais, na história da consagração dos direitos humanos no mundo, foram construídos como sendo complemento dos direitos reprodutivos. No entanto, com a organização dos grupos sociais, em especial a comunidade LGBTTT, formada por Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros; bem como com a epidemia de HIV-Aids nos anos 80, os direitos sexuais passaram a ser reconhecidos como pauta política desses grupos e a engendrar no campo jurídico. O próprio apelo das mulheres feministas no que diz respeito a técnicas de controle de natalidade e assistência do aborto, per si, já demonstravam a importância desse direito.

Para Rios (2006) o combate ao machismo, ao heterossexismo e, atualmente, à LGBTfobia, reforçam o ideal democrático desse princípio e sua consagração como direito humano fundamental. Trata-se, portanto, da construção de um direito da sexualidade pleno, que evite os perigos da marginalização de identidades e práticas sexuais distintas do modelo hegemônico, embasado pelos princípios da igualdade e da liberdade.

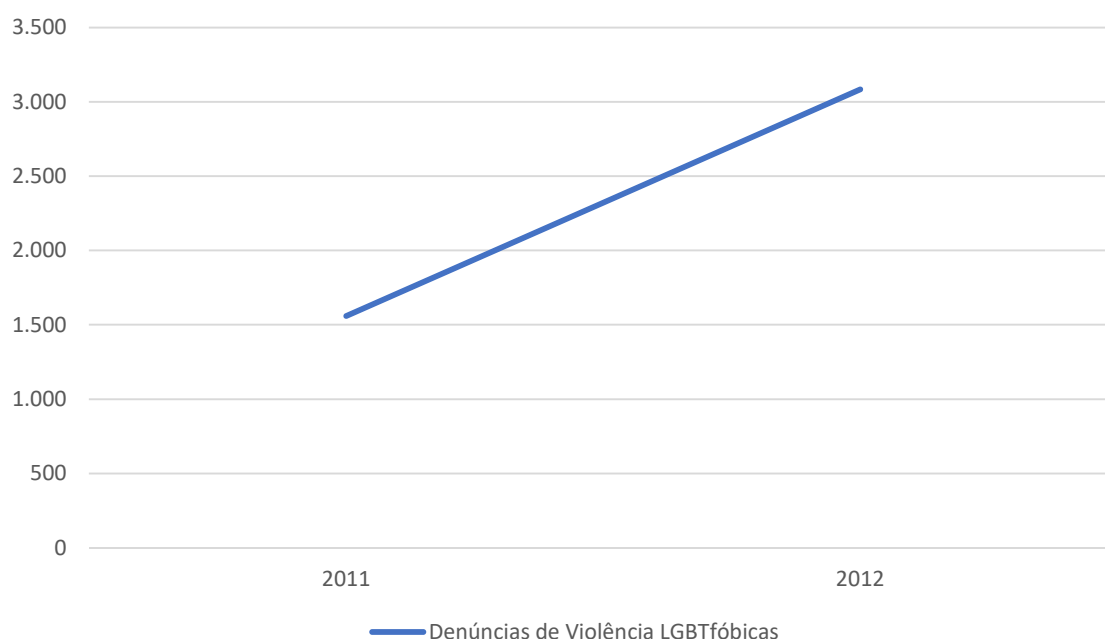
Como um dos objetivos na consagração do direito sexual democrático, têm-se o combate à LGBTfobia, antes denominado pelos pesquisadores e estudiosos como “homofobia”¹⁵. A LGBTfobia tem sua relevância neste estudo, uma vez que, como fonte de hierarquização e deslegitimação da sexualidade, é consequência do heterossexismo e das relações de poder entre gêneros e sexos. No entanto, a LGBTfobia, como fenômeno complexo, percebido das mais variadas fontes, não será tratada de forma exaustiva neste trabalho. O que de mais relevante importa é que, a inferiorização dos indivíduos, tendo por base discursos muitas vezes opostos aos fundamentos dos direitos humanos, discriminatórios e brutais, qualifica, conforme afirma Dias (2011, p. 74), “a forma mais perversa de exclusão” pela condenação das invisibilidades. No entanto, enfrentar a LGBTfobia implica a compreensão do seu fenômeno, das graves consequências do heterossexismo e da função das entidades estatais no combate a tal violência.

¹⁵ Existe uma gama de conceitos que denominam as violações de direitos, as agressões físicas e verbais sofridas pela comunidade LGBTTT (Lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros), como homofobia, lesbofobia e transfobia, porém o termo LGBTfobia abarca todas as violências sofridas em razão da orientação sexual e identidade de gênero.

Infelizmente a violação da integridade física e psicológica relacionadas à identidade de gênero e orientação sexual é comum em todo o mundo. A violação sofrida pela população LGBTTT e até mesmo por quem não pertence à comunidade, mas em razão das relações de poder e dominação sofrem a mesma violência, envolve várias esferas de abuso e discriminação. A exemplo da negativa de alguns cartórios brasileiros em se recusarem a celebrar casamento entre pessoas do mesmo sexo, mesmo após a regulamentação da solenidade pelo Conselho Nacional de Justiça, é de uma violação psíquica e discriminatória sem tamanho, tendo como autor da violação o próprio Estado.¹⁶

Segundo dados coletados pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, entre os anos de 2011 e 2012 houve um crescimento de 166% no número de denúncias de violência LGBTfóbicas, saltando de 1.559 para 3.084 queixas.

Gráfico 02 - Denúncias de Violência LGBTfóbicas

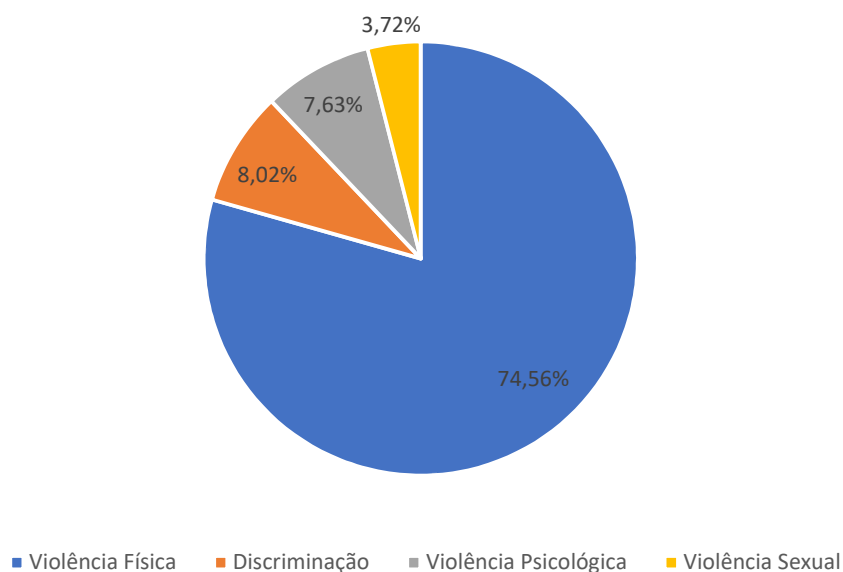


Fonte: SDHPR

No que se refere ao perfil das violações, a violência física representa 74,56%; seguida pela discriminação, apontada com 8,02%; violência psicológica com 7,63% e violência sexual representando 3,72%. Tais números reforçam a necessidade preeminente de implantação de políticas afirmativas para o combate à violência por orientação sexual e identidade de gênero.

¹⁶ Disponível em: <<http://www.otempo.com.br/cidades/gays-enfrentam-dificuldades-para-se-casar-em-cart%C3%B3rios-de-belo-horizonte-1.644926>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

Gráfico 03 – Perfil das violações LGBTfóbicas



Fonte: SDHPR

Regressando ao âmbito de proteção do direito sexual, Rios (2006) estabelece a vinculação com os princípios da liberdade, da igualdade e da sexualidade. Evidente que o direito da sexualidade democrática quebra a desigualdade de gênero, bem como a subalternidade das minorias em face do heterossexismo patriarcal. A igualdade e a liberdade são, portanto, constitutivas da sexualidade, garantindo os direitos à autonomia sexual e integridade sexual, direito à segurança do corpo sexual, direito à privacidade sexual, direito ao prazer sexual, direito à expressão sexual, direito à associação sexual, direito às escolhas reprodutivas livres e responsáveis e direito à informação sexual livre de discriminações. Assim, os exercícios de tais direitos implicam no redimensionamento da responsabilidade, que se traduz como:

o dever fundamental de cuidado, respeito e consideração aos direitos de terceiros (sejam estes indivíduos ou a comunidade) quando do exercício livre e em igualdade de condições da sexualidade. Não se trata, nesse diapasão, simplesmente da imposição do dever de reparar danos ou de preveni-los em face de bens jurídicos individuais e coletivos. Cuida-se, isso sim, da tentativa de conformar as relações sociais vivenciadas na esfera da sexualidade do modo mais livre, igualitário e respeitoso possível (RIOS, 2006, p. 87).

Portanto, a afirmação dos direitos sexuais como democráticos repousam na responsabilidade como um lugar de uma perspectiva progressista, afastada dos moralismos da sociedade e da marginalização das sexualidades pelos grupos majoritários. Tal exercício reforça a compreensão “positiva da sexualidade e de suas manifestações na vida individual e social, cuja realidade exige a consideração da pessoa em suas simultâneas dimensões individual e

social”. Afastada dessa perspectiva, a sexualidade enquanto direito democrático “padeceria de uma visão individuocêntrica incompatível com a reciprocidade e o caráter dos direitos fundamentais que o informam” (RIOS, 2006, p. 88).

Destarte, nesta seção tratamos dos problemas e das representações de gênero como embate ao modelo padrão heterossexista de viver a sexualidade. Na seção seguinte nos debruçaremos sobre os discursos que deram nova interpretação ao conceito de família pelo judiciário. Responderemos aos debates que nos levaram a questionar que discursos deram lugar à nova roupagem da família brasileira, em especial a inclusão da união homoafetiva no rol das entidades familiares na decisão da ADI 4.277 e da ADPF 132, bem como aos fatores que contribuíram para a transformação do sentido de família no direito brasileiro. Tentaremos entender como o Supremo Tribunal Federal decidiu as questões relativas às famílias contemporâneas. A análise de tais decisões terá o olhar da ideia de Discurso Constituinte de Maingueneau.

4 HOMOAFETIVIDADE E A FAMÍLIA: O DISCURSO DA JUSTIÇA

4.1 Decisão Jurídica como Discurso Constituinte

A presente pesquisa tem por objeto a entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo e como ela teve lugar no discurso jurídico na ADI 4.277 e na ADPF 132. Historicamente, o modelo de família patriarcal e a hegemonia do sexo/gênero estiveram na base de formação social do Brasil e muitos aspectos de nossa sociedade podem ser compreendidos a partir deles. Assim, “é na origem e evolução histórica da família patriarcal e no predomínio da concepção do homem livre proprietário que foram assentadas as bases da legislação sobre a família, inclusive no Brasil” (LÔBO, 2011, p. 23).

A sociedade contemporânea foi erigida sob “*padrões cristãos de família* para repelir a relação homoafetiva” (BUENO; RAGAZI, 2013, p. 115). No entanto, vinculados à ideia de sexo/gênero como naturais, acarretou a edificação de valores dominantes patriarcais por parte da população. “Ora, se a base da constituição da família deixou de ser a procriação, a geração de filhos, para se concentrar na troca de afeto, de amor, é natural que mudanças ocorressem na composição dessas famílias” (NASCIMENTO, 2016, p. 33), outrossim, “a crença ideológica na existência de um direito natural coloca a conjugabilidade homoerótica como um contraponto fora do alcance da lei” (OLIVEIRA, 2007, p. 143).

Por outro lado, o silêncio da lei, o conservadorismo e a omissão do poder legislativo, no que tange à proteção das famílias formadas por pares não-heterossexuais, afronta o direito à liberdade sexual plena e o exercício da autonomia privada. “O silêncio do legislador acaba por ter caráter punitivo, atuando como guardião de um moralismo conservador, pois exclui todos os que não se enquadram no modelo convencional” (DIAS, 2011, p. 111). Assim, coube ao Poder Judiciário, “enquanto o Legislativo se fingia de morto e sonegava direitos a uma imensa parcela de cidadãos” (CHAVES, 2013, p. 400), o papel de judicializar a questão das uniões de pessoas do mesmo sexo, por meio de decisões judiciais.

Neste ponto, cabe uma observação sobre a judicialização^{17 18} e o ativismo judicial. Este último acatado como um fenômeno jurídico, ou seja, uma atitude mais significativa e proativa do Poder Judiciário frente a algumas opções políticas dos demais Poderes do Estado. Aquele, por sua vez, é encarado como uma decisão judicial de questões importantes sob a ótica social do Estado, representando, portanto, a transferência de poder político para o Judiciário. Assim, segundo Luís Roberto Barroso *apud* Marianna Chaves (2013, p. 402) “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas”. Saliente-se que, com o advento do neoconstitucionalismo¹⁹ no séc. XVIII, em que pese a declaração da força normativa da Constituição, a ampliação da jurisdição constitucional e o desenvolvimento da interpretação conforme a constituição, foi dada à Corte Constitucional a guarda e a proteção do texto maior, ainda que tal tarefa importe em anulação de atos dos demais poderes.

Pois bem, a decisão jurídica proferida pelo Poder Judiciário é uma operação do sistema jurídico, não uma decisão de um magistrado. Ademais, o direito como sistema de comunicação produz e reproduz a acepção dos seus próprios elementos e de suas próprias instituições. Assim, para Stamford da Silva (2014, p. 68) “decisão jurídica não é uma resultante causal de aplicação da legislação nem de poder, bem como que não cabe falar em ‘do fato se chega à norma’”. Assim, observamos que a produção do sentido do direito na sociedade se dá por meio do discurso.

Para Maingueneau (2015) os discursos são empregados de duas maneiras: para os linguistas, como sendo o uso da língua, e para os não linguistas, como sendo a) organização além da frase, b) uma forma de ação, c) interativo, d) contextualizado, e) assumido por um

¹⁷ Segundo Marianna Chaves (2013, p. 401): “Judicialização – que não deve ser confundida com ativismo judicial – nada mais é do que a decisão pelo judiciário, em caráter definitivo, de questões importantes sob a ótica social, política e moral”.

¹⁸ Por não ser o objeto deste nosso trabalho, para fins de aprofundamento, remetemos o leitor ao endereço eletrônico a seguir para maiores minudências: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm>.

¹⁹ Neoconstitucionalismo trata-se de um movimento teórico de revalorização do direito constitucional, de uma nova abordagem do papel da constituição no sistema jurídico, movimento este que surgiu a partir da segunda metade do século XX. O neoconstitucionalismo visa refundar o direito constitucional com base em novas premissas como a difusão e o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e a força normativa da constituição, objetivando a transformação de um estado legal em estado constitucional. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1764534/o-que-se-entende-por-neoconstitucionalismo-leandro-vilela-brabilla>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

sujeito, f) regido por normas, f) assumido no bojo de um interdiscurso e g) algo que constrói socialmente o sentido.

Para definir quais discursos são considerados jurídicos, Maingueneau (2015, p. 66) utiliza a ideia de “unidades tópicas” territoriais que “se situam no prolongamento das categorizações dos atores sociais, o que não significa que coincidem com elas”. Ademais, os discursos constituintes “possuem, com efeito, um estatuto singular: zonas de fala em meio a outras falas e falas que pretendem preponderar sobre as outras”, esses discursos, portanto, dão sentido aos atos da coletividade (MAINGUENEAU, 2000, p. 6).

Maingueneau (2000) identifica três dimensões para os discursos constituintes: a) a constituição como ação; b) a constituição como modo de organização; e c) a constituição como conjunto de disposições legais que determinam os direitos e deveres de cada um em uma coletividade. Ademais, segundo Maingueneau (2000), diversos conflitos permanentes acontecem dentro e fora dos discursos constituintes, tendo em vista a divergência de posicionamentos. Posicionamento não apenas na articulação de ideias, mas como “a intricação de uma certa configuração textual e de um modo de existência de um conjunto de homens” (MAINGUENEAU, 2000, p. 8).

Saliente-se que os discursos constituintes são produzidos em um espaço institucionalizado, ou seja, em comunidades discursivas, onde se instaura uma hierarquia entre os primeiros discursos (constituintes) e os demais. Assim,

(...)os discursos constituintes tem um alcance global, eles pretendem o conjunto da sociedade, mas eles são produzidos localmente, em lugares institucionais, restritos que imprimem sua marca sobre a produção, que a moldam através de uma maneira de viver (MAINGUENEAU, 2000, p. 8).

Bem verdade é que os discursos constituintes, de fato, associam estreitamente um trabalho de *fundação* na e por sua enunciação, a determinação de um *lugar* associados a um *corpus* de *enunciadores legitimados* e uma elaboração de memória. Assim, em um discurso constituinte, há *constituição* porque os dispositivos enunciativos que ele elabora legitimam, de maneira por assim dizer, performativa, sua própria existência, mas agindo como se obtivessem tal legitimidade do Absoluto, que falaria por meio deles (MAINGUENEAU, 2015, p. 142).

Observamos que os discursos constituintes não são simplesmente “vetor de ideias”, eles interligam a textualidade e o espaço institucional onde são criados, através dos seus aparelhos enunciativos. Eles atuam, portanto, na fronteira do espaço social, pretendendo alcançar um espaço global, sendo produzidos, no entanto, em espaços restritos.

Vale ressaltar que os discursos constituintes conferem “autoridade particular aos seus enunciados” (MAINGUENEAU, 2000, p. 8), surgindo a ideia de inscrição como “termo diferente de texto, diferente de obra” (COSTA, 2008, p. 4). Maingueneau afirma que “produzir uma inscrição é não tanto falar em próprio nome, mas seguir os traços de um Outro invisível, que associa os enunciadores modelos de seu posicionamento e, no limite, a presença daquela Fonte funda o discurso constituinte” (MAINGUENEAU, 2000, p. 8).

A inscrição é, portanto, “uma repetição constitutiva, que se situa no meio de outros enunciados (refutando-os ou filiando-os) numa constante reatualização” (COSTA, 2008, p. 4).

Para Maingueneau (2000, p. 7), os discursos constituintes, como sendo aqueles iniciais, garantem a multiplicidade de gêneros de discursos, pois são aqueles que darão sentido à atuação da coletividade. Assim,

Uma análise da constituição dos discursos constituintes deve assim se ater a mostrar a articulação entre o *intradiscursivo* e o *extradiscursivo*, a *intricação entre uma representação do mundo e uma atividade enunciativa*. Sua enunciação é inseparável da maneira pela qual ela gere sua própria emergência, o ato de fala que ela institui. Através das operações enunciativas pelas quais se *institui* o discurso, se articulam a organização textual e a organização *institucional* que a um só tempo ele pressupõe e estrutura.

Tomando como ponto de partida a problemática de gênero tratada na seção anterior, qual seja, o heterossexismo como regime político opressor das sexualidades não-hegemônicas, desconectadas com o padrão heteronormativo, selecionamos os votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, na ADI 4.277 e na ADPF 132, para analisar os discursos que deram lugar à inclusão da família de pessoas do mesmo sexo na expressão entidade familiar no Brasil, na perspectiva de análise do Discurso Constituinte de Maingueneau, bem como de que forma foram construídos as estratégias discursivas para que o Supremo Tribunal Federal tenha decidido como decidiu.

Saliente-se que seguimos o paradigma pós-estruturalista, ou seja, adotamos neste trabalho uma forma de repensar e reanalisar as teorias estruturalistas, instaurando uma desconstrução de alguns conceitos considerados como verdades absolutas e centrais. Para Williams (2005, p. 37):

o pós-estruturalismo é político. Ele muda nosso mundo e nossas visões de mundo num amplo leque de situações, por exemplo, em termos de nossas relações com nossos corpos, em termos de sexualidade, gênero, relações com os outros, e em termos de nossas relações com o ambiente e o inconsciente.

Aguilar e Gonçalves (2017) entendem que os questionamentos da perspectiva pós-estruturalista, em relação ao que é visto como “certo e verdadeiro”, pressupõem um repensar

sobre a forma como se dá a construção do conhecimento científico, seus métodos e técnicas e sua eficácia na sociedade. Para elas, significa questionar o lugar que a ciência ocupa enquanto enunciação da verdade absoluta.

Outrossim, “este trabalho está interessado não nos detalhes de textos falados e escritos, mas em olhar historicamente os discursos” e por ser “todo o discurso prática social” (GILL, 2015, p. 247).

Saliente-se que foi realizada uma leitura cética, suspendendo a crença “naquilo que é tido como dado” (GILL, 2015, p. 252), ou seja, olhar a decisão com foco na sua construção, sua organização e suas funções discursivas, considerando os contextos sociais, o lugar da fala e sua influência no direito.

Ademais, a análise das decisões judiciais coletadas apresenta os realces em que tais julgamentos foram construídos. Fernanda Duarte e Rafael Mario Iorio Filho (2009, p. 356) alertam que:

As decisões judiciais podem ser compreendidas de muitas maneiras diferentes. No particular, duas são as possibilidades que melhor se ajustam a esse trabalho. De um lado as decisões são representações que os juízes fazem do mundo e de outro são a resposta dada pelo Judiciário ao conflito que a sociedade a ele remete. Essas representações/respostas interferem diretamente na função social dos órgãos judiciais e o real papel, por elas desempenhado. Determinam assim suas relações com a sociedade.

Stamford da Silva (2014, p. 68) assevera que “a decisão jurídica não está pré-estabelecida em nenhuma causa anterior, tal decisão se estabelece, por contingência, considerando a memória do sentido de direito da sociedade”. Assim, há uma disfuncionalidade do sistema judicial, na medida em que entre o juiz e o cidadão concorre também um sistema que reproduz conflitos judiciais, instrumentalizados em um número infinito de processos, colocando à margem o acesso à justiça e as garantias basilares do Estado Democrático de Direito.

Ademais, entendemos que toda decisão carrega uma carga ideológica e todo julgador possui uma forma própria de dizer o direito, um estilo de escrita e redação. Tal decisão, que antes era ato de linguagem subjetivo da autoridade, passa à esfera pública no momento em que é publicada, nascendo, portanto, a sua existência jurídica (DUARTE; FILHO, 2009, p. 360).

Feitas estas breves considerações sobre a decisão jurídica, passemos à análise dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.277 e na ADPF 132, iniciando com o voto do relator, Ministro Ayres Britto, e seguindo com os votos dos demais nove ministros, até

a construção da decisão que incluiu no direito brasileiro a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

4.2 Homoafetividade e sexualidades não-hegemônicas: análise do discurso jurídico na construção do sentido de família homoafetiva na ADI 4277 e na ADPF 132

A ADPF 132 refere-se à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro ante a interpretação que se tinha dos incisos II e V do art. 19 e dos incisos I a X do art. 33, do Decreto-lei 220/1975 – Estatuto dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro. Tal interpretação conferida implicava em efetiva redução de direitos a pessoas com orientação homossexual; bem como em decisões judiciais proferidas no Estado do Rio de Janeiro, negando às uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos aos casais heterossexuais. Alegou o Governador do Estado do Rio de Janeiro que os preceitos fundamentais da igualdade, da segurança jurídica, da liberdade e da dignidade da pessoa humana estavam sendo ininterruptamente violados. Postulou a aplicação do método analógico de integração do Direito para equiparar as uniões estáveis homoafetivas às uniões igualmente estáveis que se dão entre pessoas de sexos diferentes. Saliente-se que foram deferidos o ingresso de 14 *amici curiae*²⁰, dada a complexidade do tema e sua incomum relevância.

Por outro lado, a ADI 4.277, ação de natureza abstrata, refere-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pela Procuradoria Geral da República com o objetivo de que o Supremo Tribunal Federal declare:

a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

O voto do Relator, Ministro Ayres Britto, conduziu o julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132. Ele iniciou seu voto afirmando “que ninguém ignora o dissenso que se abre em todo

²⁰ **Amicus curiae** ou amigo da corte ou também amigo do tribunal (**amici curiae**, no plural) é uma expressão em Latim utilizada para designar uma instituição que tem por finalidade fornecer subsídios às decisões dos tribunais, oferecendo-lhes melhor base para questões relevantes e de grande impacto.

tempo e lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva”.²¹ Ora, o primeiro enunciado apresentado pelo relator para a construção do seu discurso em defesa do reconhecimento jurídico da união homoafetiva como entidade familiar decorreu sobre a liberdade sexual das pessoas. Inegavelmente o relator fez referência ao padrão social da sexualidade: a heterossexualidade. No entanto, percebemos que ele não questionou a heterossexualidade como regime político que oprime aqueles que não se enquadram no padrão “natural” de sexualidade.

Em outra fala, Ayres Britto afirma “que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade”²² e que a “velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração”. Do exposto podemos observar que o ministro entende que as relações homoafetivas derivam do afeto e que por isso o conservadorismo da sociedade não poderia transcender as vontades humanas.

Ademais, aplicando nosso aporte teórico, percebemos que, como afirma Stamford da Silva (2014), no espaço discursivo o outro não é um fragmento localizável, uma citação, nem uma entidade exterior, é o próprio discurso. Logo, enxergar o outro como discurso na construção do sentido de família é colocá-lo no centro do debate.

Em seguida o relator se apoia na Constituição Federal para encontrar as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas. Para tanto, resgata o termo “homoafetividade” adotado por Maria Berenice Dias (2011). No entanto, como contraponto à homoafetividade, o relator se anima a cunhar o termo heteroafetividade. Pois bem, a construção do termo homoafetividade resulta do amor, do afeto entre pessoas do mesmo sexo. Ora, se a união entre duas pessoas decorre desse sentimento, que, inclusive, foi elevado a princípio do direito das famílias, conforme analisamos na primeira seção deste trabalho e em diversas teses e dissertações, bem como foi utilizado pelos doutrinadores do Direito das Famílias, nada impede que a construção do termo “heteroafetividade” seja consolidada. Assim, a homoafetividade e a heteroafetividade, embora se originem ambas do afeto, aquele carrega em si traços de bandeira política em prol do reconhecimento jurídico pelo Estado da união de pessoas do mesmo sexo, que já estão unidas pelo amor.

²¹ ADI 4.277, p. 626.

²² ADI 4.277, p. 627.

Ayres Britto continua seu voto tratando do Constitucionalismo Fraternal²³ como sendo a:

integração comunitária das pessoas (não exatamente para a inclusão social), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados.

Do exposto, podemos observar que a Constituição Fraternal se preocupa com o próximo e, por mais diferentes e minoritários que sejam os grupos, a proteção destes deve ocorrer a partir de uma atuação pautada na fraternidade.

Outrossim, importante fala do ministro relator se dá no momento em que resgata o substantivo preconceito²⁴. Para ele, preconceito seria um “juízo de valor não autorizado pela realidade, mas imposto a ela”. E continua afirmando ser “espécie de *trave no olho da razão e até do sentimento*, mas coletivizada o bastante para se fazer de traço cultural de toda uma gente ou população geograficamente situada”. Do recorte acima podemos inferir que esse preconceito citado pelo relator desencadeia a LGBTfobia que, segundo Junqueira (2007), é um grave problema social. Ademais, entendemos a LGBTfobia como sendo a existência de uma investida injusta e violenta sobre determinadas pessoas da comunidade, não sendo um ato exclusivamente voltado para pessoas LGBT, e sim, também, para todas e todos que diferenciam ou se distanciam do conceito heterossexista.

Por outro lado, ao tratar em seu voto do vocábulo “sexo”, o relator faz três incidências derivadas do texto constitucional: a) sentido interpretativo de diferenciação anatomo-fisiológica entre o homem e a mulher a partir do critério biológico²⁵; b) sexo ou aparelho sexual com signo linguístico de um sistema de órgãos cumpridores das elementares funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica²⁶; e c) sexo como “instinto sexual ou libido”, retratando a indissociabilidade ou unidade incindível entre o aparelho genital do indivíduo e essa mesma pessoa²⁷. O relator recorre à norma geral negativa kelseniana para defender que a Constituição, intencionalmente e por absoluto respeito, optou pelo silêncio normativo, deixando ao livre arbítrio de cada pessoa o desempenho de tais funções sexuais. Ora, pelo exposto questionamos que se o constituinte deixou ao livre arbítrio a expressão da sexualidade dos indivíduos, como se explica a ausência de normatização das uniões formadas por pessoas do

²³ ADI 4.277, p. 632.

²⁴ ADI 4.277, p. 632.

²⁵ ADI 4.277, p. 633.

²⁶ ADI 4.277, p. 633.

²⁷ ADI 4.277, p. 634.

mesmo sexo, enquanto às uniões heterossexuais dispõem de um arcabouço normativo extenso que regula seus efeitos jurídicos? A verdade é que entendemos que a sexualidade divergente da heterossexual acaba por ganhar um *status* de inacabada ou secundária. Ademais, conforme alerta Rios (2011), a afirmação da heterossexualidade por meio do repúdio à homossexualidade, atribui a essa orientação sexual um caráter doentio ou, ao menos, uma condição de desenvolvimento inferior à heterossexualidade, tida como padrão.

Outrossim, Ayres Britto complementa:

Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão-somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozoide (ADI 4.277, p. 638).

Do trecho acima podemos perceber que nada mais íntimo e pessoal para o indivíduo do que o exercício efetivo da sua sexualidade, livre e sem amarras. A liberdade para usufruir da sua própria sexualidade deve ser uma garantia não apenas passiva do Estado, de não regulamentar; mas positiva, no sentido de garantir a plenitude da sexualidade como princípio decorrente da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade.

Na segunda parte do seu voto, o ministro relator Ayres Britto²⁸ trabalha as figuras jurídicas da família. Numa interpretação literal, ele observa a família como instituição e somente ela foi contemplada com cláusula da especial proteção estatal. Ele afirma que “a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim”.

Conforme pudemos observar no trecho do voto, Ayres Britto defende a família como um poder doméstico em que sua principal função é a concreção de direitos fundamentais, por isso “a família teria mesmo que receber a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional”. Ademais, o relator entende que a Constituição não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída por pares heteroafetivos e a existente entre pares homoafetivos, visto que a norma constitucional não emprestou nenhum significado

²⁸ ADI 4.277, p. 645.

ao substantivo “família”, apenas recolheu-o ao sentido coloquial, aberto, amplo, como realidade do mundo do ser.

Ao arremate do seu voto, o relator estabelece a proposição de que não há hierarquia entre os modelos de família e que o igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos possui as mesmas características: visibilidade, continuidade e durabilidade. Em seguida, ao interpretar o art. 226, Ayres Britto tem as seguintes conclusões²⁹: a) a família não é configurada apenas pelo casamento, como acontecia com a Constituição de 67; b) a “entidade familiar” é uma nova modalidade de formação do núcleo doméstico que se constitui pela “união estável entre o homem e a mulher”; c) a referência à dualidade básica homem/mulher tem o sentido de dar imediata sequência à vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de referência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental que o Brasil faz parte; d) a referência no art. 226, §3º, a figura do “homem e mulher” representa o combate à renitência patriarcal dos costumes que teimosamente persistem em inferiorizar a mulher perante o homem; e) a terminologia “entidade familiar” não significa algo diferente de família, pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição do núcleo familiar doméstico; f) as duas objetivas figuras de direito – o casamento e a união estável – se distinguem mutuamente, mas o resultado é o mesmo: uma “entidade familiar”, seja constituída por pares homoafetivos ou por casais heteroafetivos; g) a heteroafetividade em si não os torna superiores, não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham; e h) a Constituição é apenas enunciativa no seu comando, nunca taxativa.

Analisando o voto do ministro relator e aplicando nosso aporte teórico, percebemos que a estratégia discursiva se deu tendo por estrutura central o princípio geral de inclusão, a partir dos fundamentos institucionais do Estado Democrático de Direito. Ademais, em que pese o discurso do relator ser bem consistente, ousamos fazer uma crítica (em tópico próprio) sobre a discordância parcial da *ratio decidendi* do acórdão sob análise, uma vez que o problema da união homoafetiva não se esgota na observância da igualdade e do respeito, tampouco exclusivamente no reconhecimento jurídico da união homoafetiva. Ele perpassa por questões mais complexas, como as questões de gênero que quase não foram retratadas na decisão, a heterossexualidade compulsória como mecanismo de manutenção de um padrão de sexualidade

²⁹ ADI 4.277, p. 650-656.

vinculado à normalidade e correta expressão do sexo, bem como a função social contemporânea da família.

Por sua vez, o ministro Luiz Fux, segundo a votar, inicia seu voto fazendo referência à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Percebemos que o ponto central do seu voto é a proteção dos direitos das minorias, uma vez que, para Fux “os direitos fundamentais também positivam valores eleitos por uma comunidade como nucleares, de maneira a balizar a atuação do poder político e até mesmo dos particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico”³⁰. Seguindo o seu discurso, Fux recorda a classificação dos direitos fundamentais de Robert Alexy (direitos de proteção e direitos prestacionais em sentido amplo) e afirma que o *locus* de proteção dos direitos fundamentais é o processo jurisdicional e, sendo esta função primordial do Estado, “precisa estar dirigida à consagração dos direitos fundamentais, como, de resto, a atividade estatal como um todo – do contrário, perde-se a própria razão de ser do Estado”³¹.

Ao tratar da violação de direitos fundamentais inerentes à personalidade dos indivíduos que vivem sob orientação sexual minoritária, o ministro Fux constrói seu voto sob cinco premissas, são elas: a) a homossexualidade é um fato da vida; b) a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual, não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas uma característica do indivíduo; c) a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença; d) os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida; e e) não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas.

Ao analisarmos as premissas levantadas pelo ministro Fux, percebemos que o discurso é uma organização além da frase, na verdade é uma forma de ação. Maingueneau (2015) considera que falar é uma forma de ação sobre o outro, e não apenas uma representação de mundo. Ademais, toda enunciação constitui um ato que visa modificar uma situação. Percebemos que Fux, ao utilizar as cinco premissas para demonstrar a viabilidade do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, visou desconstruir alguns pré-conceitos no que tange à homossexualidade, deixando o mais transparente possível que a homossexualidade

³⁰ ADI 4.277, p. 662.

³¹ ADI 4.277, p. 664.

é natural. Parafraseando o ministro: a temática em questão resolve preconceitos ainda muito disseminados e arraigados na sociedade contemporânea brasileira.

Em seguida, Fux afirma que “o Estado não será indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada um; ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de suas formas”³². Ele discorre sobre a família e o reconhecimento defendendo que “não pode haver compreensão constitucionalmente adequada do conceito de família que aceite o amesquinamento de direitos fundamentais”³³. Do fragmento acima entendemos que o ministro Fux defende que a família é o verdadeiro amor familiar, a comunhão de um projeto coletivo e a identidade de seus integrantes. Em conclusão, entendemos que nada distingue, do ponto de vista ontológico, as uniões estáveis heteroafetivas das uniões homoafetivas.

Por outro lado, o ministro Luiz Fux faz interessante observação sobre o desprezo das uniões homoafetivas, afirmando que negar-lhes tratamento igualitário é uma afronta à dignidade dos indivíduos, submetendo-os, contra a sua vontade, as suas visões e percepções de mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. Ora, a fala do ministro representa aquilo que discorreremos na seção anterior sobre a heteronormatividade que organiza a vida das pessoas, sendo um verdadeiro modelo político de organização social.

Ao concluir seu voto, Fux traz ao debate a questão do reconhecimento. Em suas palavras: “Reconhecimento, portanto, também é certeza e previsibilidade”³⁴. Deste modo, entendemos que as relações reconhecidas pelo Estado têm seus efeitos jurídicos plenamente identificáveis e são retiradas da clandestinidade, trazendo por consequências o planejamento familiar de acordo com as normas vigentes e a proteção dos direitos fundamentais. Para Fux³⁵, “a verdade é que o mundo mudou. A sociedade mudou e, nos últimos anos, vem se ampliando a aceitação social das parcerias homossexuais constituídas com o objetivo de formação de entidades familiares”.

Do fragmento retro podemos inferir que, com a complexidade das relações humanas, as mudanças das funções da família na história das sociedades, bem como as diferentes configurações dos arranjos familiares, a sociedade contemporânea caminha a passos lentos a aceitação da família homoafetiva.

³² ADI 4.277, p. 669.

³³ ADI 4.277, p. 669.

³⁴ ADI 4.277, p. 678.

³⁵ ADI 4.277, p. 678.

Após a análise dos votos do ministro relator Ayres Britto e do ministro Luiz Fux, passemos a analisar, brevemente, o voto da ministra Cármen Lúcia, terceira votante. Saliente-se, conforme afirmamos anteriormente, não nos ocupamos, neste trabalho, em analisar os detalhes dos votos, mas a construção argumentativa para compreendermos como se deu a inclusão das famílias do mesmo sexo no ordenamento jurídico brasileiro por meio dos acórdãos da ADI 4.277 e da ADPF 132, do Supremo Tribunal Federal.

A ministra Cármen Lúcia inicia seu voto defendendo a procedência dos pedidos das ações sob a perspectiva de que a homoafetividade deriva da liberdade de escolha e opção da sexualidade de cada indivíduo. A ministra enfatizou que não está a discutir, nem de longe, a covardia dos atos contrários a toda forma de direito contra as pessoas que fazem a opção pela convivência homossexual. Em várias passagens, Cármen Lúcia deixa claro que a escolha de uma união homoafetiva é individual e íntima³⁶; que a procedência das ações poderia conduzir a interpretações excludentes dos direitos daqueles que escolhem viver uniões homoafetivas³⁷; que aqueles que fazem a opção pela união homoafetiva não podem ser desiguais em sua cidadania³⁸; que essa escolha, de resto, põe-se no espaço de intimidade de cada um, o que também é objeto de expresse reconhecimento e resguardo constitucional³⁹; que a escolha da vida em comum de duas pessoas do mesmo sexo não pode ser tolhida, por força de interpretação atribuída a uma norma legal⁴⁰; que as escolhas pessoais livres e legítimas, segundo o sistema jurídico vigente, são plurais na sociedade e, assim, terão de ser entendidas como válidas⁴¹; e que deve ser reconhecida como entidade familiar àqueles que optam pela relação homoafetiva⁴².

Em que pese em seu voto a ministra Cármen Lúcia reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, ousamos discordar dos fundamentos do seu voto. Maigueneau (2015) afirma que a noção de discurso constitui, assim, uma espécie de invólucro comum para posições às vezes fortemente divergentes. Assim, inevitável não comparar os votos, diga-se de passagem, embasados em valores diferentes, dos ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia. Para aquele, o homossexualismo, leia-se homossexualidade, é um traço da personalidade. Fux afirma que a homossexualidade “não é uma crença, não é uma ideologia e muito menos uma opção de vida, na medida em que nós sabemos da existência atual e pretérita de todas as formas de violência

³⁶ ADI 4.277, p. 697.

³⁷ ADI 4.277, p. 698.

³⁸ ADI 4.277, p. 701.

³⁹ ADI 4.277, p. 703.

⁴⁰ ADI 4.277, p. 703.

⁴¹ ADI 4.277, p. 704.

⁴² ADI 4.277, p. 704.

simbólica e violência física contra os homossexuais”. Ora, entendemos que Fux defende que a homossexualidade é um fato da vida, não sendo escolha de um indivíduo, tampouco opção. Cármen Lúcia, por sua vez, embasa seu voto na liberdade de escolha dessa orientação/opção sexual, que por ser íntima e individual, não é admitido, no ordenamento pátrio e à luz dos direitos humanos, violência em face da livre opção do indivíduo. Para Cármen Lúcia, para ser digno há que ser livre e o indigno leva ao sofrimento socialmente imposto. No entanto entendemos que malgrado tratar a homossexualidade como escolha é afirmar que o indivíduo tem em suas mãos a possibilidade de optar por se relacionar com alguém do mesmo sexo em algum momento de sua vida, o que não é. A homossexualidade é na verdade o livre desenvolvimento da personalidade humana e da privacidade sexual como liberdade pura. Assim, o direito à liberdade deve ser entendido como a possibilidade de conduzir sua própria vida, seus objetivos e valores, de modo a impedir uma violação de direitos humanos básicos. Ademais, conforme aduz Dias (2015, p. 270), “a homossexualidade sempre existiu. Não é crime nem pecado; não é uma doença nem vício”, “é simplesmente, nada mais, nada menos uma outra forma de viver, diferente do padrão majoritário”.

Por fim, ainda sobre o voto de Cármen Lúcia, a ministra afirma que a largueza dos princípios constitucionais impõe uma interpretação conforme para o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo e que a dignidade da pessoa humana, como pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito, deve garantir a todos o integral respeito à liberdade das pessoas. Concordamos com a ministra, na medida em que a garantia das liberdades individuais é o sustentáculo dos estados pós-modernos.

O quarto a votar favoravelmente ao pleito da ADI 4.277 e da ADPF 132 foi o ministro Ricardo Lewandowski. Inicialmente, o ministro fez um resgate histórico da família nas constituições anteriores para, em seguida, defender a tese de que se estava diante de uma nova modalidade de família, um quarto gênero, não previsto no rol estampado no art. 226, não admitindo a classificação da união homoafetiva como união estável. Nas palavras do ministro Lewandowski:

Assim, segundo penso, não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental. Esta, relembro, como decorre de expressa disposição constitucional, corresponde à que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes (ADI 4.277, p. 711).

Para tanto, Lewandowski fez a análise do constituinte originário no momento da redação do art. 226, §3º da Constituição Federal de 1988 que, segundo o ministro, debatera a

possibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável, todavia entendeu o constituinte originário pela impossibilidade.

Ao optar pela tese de que as uniões homoafetivas representam uma nova modalidade de família, Lewandowski lançou mão da integração analógica, com a finalidade de colmatar as lacunas existentes para o regramento das uniões formadas por pares do mesmo sexo. O ministro estabeleceu que o rol das entidades familiares exposto no art. 226 da CRFB é meramente exemplificativo.

Ao tratar do rol exemplificativo das uniões familiares na CRFB/88, é importante trazer ao debate a posição de Lôbo (2002), para quem o pluralismo das entidades familiares, como sendo uma das mais importantes inovações da Constituição Brasileira relativamente ao direito de família, encontra-se cercado de perplexidades no que se refere aos questionamentos sobre a hierarquização axiológica entre as entidades familiares e se elas constituem *numeros clausus*. Para tanto se propõe a debater sobre o segundo questionamento por meio da interpretação das normas constitucionais atinentes às famílias.

Didaticamente, a doutrina do direito das famílias define a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade como características comuns às entidades familiares. Do mesmo modo, o direito também atribui a certos grupos sociais a qualidade de entidades familiares, para determinados fins legais, a exemplo da impenhorabilidade de bem de família estampado na Lei n. 8.009/90.

Por outro lado, existe divergência de entendimento entre os antigos e novos civilistas acerca da hierarquização entre as entidades familiares estampadas no texto constitucional, quais sejam, o casamento, a união estável e a comunidade monoparental. Lôbo (2002) afirma que, por um lado, alguns defendem a primazia do casamento concebido como modelo de família, e por outro, a existência de igualdade entre os três tipos expressos, vez que a CF assegura a liberdade de escolha das relações existenciais e afetivas e ainda prevê idêntica dignidade. Para Lôbo, ante o princípio da concretização constitucional e o princípio da igualdade das entidades, como decorrência do pluralismo reconhecido na Carta Constitucional, há de se ter presente o princípio da liberdade de escolha, como concretização do macroprincípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, a exclusão não está na Constituição, mas na interpretação. Assim, o texto constitucional traz uma norma de inclusão ao estabelecer no art. 226, §4º a expressão “também”, significando igualmente a mesma forma de inclusão de uns fatos, sem exclusão de outros.

Por outro lado, observamos que a Constituição de 1988 mudou o foco de proteção da família para as pessoas humanas que a integram, razão porque comparecem como sujeitos de deveres mais que direitos. Assim, a proteção da família é proteção mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família per si que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana.

Outrossim, ao excluir determinados arranjos do conceito de entidade familiar, há violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ora, o artigo VI da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948) dispõe que toda pessoa tem direito a constituir família, elemento fundamental da sociedade, e receber proteção para ela. Assim, a exclusão de qualquer entidade familiar da proteção do Estado, como família, sob o impulso de valores outros, viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, para Lôbo (2002), se as pessoas vivem em comunidades afetivas não explicitadas no art. 226, por livre escolha ou em virtude de circunstâncias existenciais, sua dignidade humana apenas estará garantida como o reconhecimento delas como entidades familiares, sem restrições ou discriminações.

Assim, entendemos que não se pode enxergar na Constituição o que ela expressamente repeliu, isto é, a proteção de tipo ou tipos exclusivos de família ou da família com valor em si, com desconsideração das pessoas que a integram. Portanto, violam o princípio constitucional da pessoa humana as interpretações que excluem as demais entidades familiares da tutela constitucional ou asseguram tutela dos efeitos jurídicos no âmbito do direito das obrigações, como se os integrantes dessas entidades fossem sócios da sociedade mercantil ou civil.

Seguindo a análise do voto do ministro Lewandowski, percebemos que mais uma vez é feito referência à constatação da homossexualidade como fato da vida e que, portanto, o direito não pode ignorar a existência das relações entre pessoas do mesmo sexo. Nas palavras de Lewandowski:

Não há, ademais, penso eu, como escapar da evidência de que a união homossexual, em nossos dias, é uma realidade de elementar constatação empírica, a qual está a exigir o devido enquadramento jurídico, visto que dela resultam direitos e obrigações que não podem colocar-se à margem da proteção do Estado, ainda que não haja norma específica a assegurá-los (ADI 4.277, p. 717).

Por fim, Lewandowski deixa claro, diversamente dos votos dos ministros anteriores, que não está a reconhecer uma união estável homoafetiva por interpretação extensiva do §3º do art. 226 da CRFB, mas de uma “união homoafetiva estável”, mediante um processo de interpretação

analógica, que deriva de uma outra espécie de entidade familiar, mas que precisa ter a sua existência reconhecida pelo Direito.

Em seguida, tem-se o voto do ministro Joaquim Barbosa, quinto a proferir seu voto, também pela procedência das ações. Inicialmente o ministro ressalta que naquele julgamento se está diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Joaquim Barbosa assim se expressa:

Ao falar de descompasso, não me refiro, por óbvio, à própria existência das uniões e parcerias homoafetivas, que, como já ressaltado por diversos especialistas, existem desde sempre. Falo da progressiva abertura da sociedade, não sem dificuldade, em reconhecer, respeitar e aceitar os indivíduos que possuem orientação sexual homoafetiva e decidem viver publicamente as relações com seus companheiros ou companheiras (ADI 4.277, p. 723).

No seu voto o ministro afirma que o discurso dos grupos homossexuais mudou. Em um primeiro momento se buscava a tolerância pela sociedade e hoje se busca o reconhecimento das respectivas relações.

Para Júlio Simões e Regina Facchini (2008), de fato os modernos movimentos LGBT são produtos de um complexo processo de reelaboração e reaproximação da noção de “homossexual” pré-estabelecida. Antes vistos como anomalias e determinados pelas condições biológicas e corporais imutáveis ou ameaças à sexualidade padrão, que poderiam causar dano à saúde e à harmonia da família patriarcal; hoje tendo por bandeira de luta o reconhecimento jurídico das uniões homossexuais e o combate à violência LGBTfóbica.

O ministro Joaquim Barbosa questionou se o silêncio da Constituição, no que se refere às uniões homoafetivas, deve ser interpretado como indiferença, desprezo ou hostilidade. E se as escolhas afetivas feitas por um número apreciável de cidadãos, com as consequências jurídicas e materiais decorrentes, seriam juridicamente banidas, numa espécie de limbo jurídico?⁴³ Barbosa entendeu que não e ainda reconheceu o papel da Egrégia Suprema Corte numa, no que ele denomina das suas mais nobre missões: “a de impedir o sufocamento, o desprezo, a discriminação pura e dura de um grupo minoritário pelas maiorias estabelecidas”⁴⁴. Concordamos com o ministro, uma vez que o silêncio da norma positivada não significa proibição ou desprezo. Ademais, tendo em vista a complexidade de atos humanos, não seria possível ao legislador positivar todas as situações fáticas.

⁴³ ADI 4.277, p. 724.

⁴⁴ ADI 4.277, p. 724.

Encerrando o seu breve voto, Joaquim Barbosa afirmou que os direitos fundamentais não se esgotam naqueles expressamente elencados pelo texto constitucional e que a ideia do reconhecimento emana do princípio da dignidade da pessoa humana. E, assim como o ministro Lewandowski, entendeu que o fundamento constitucional para o reconhecimento da união homoafetiva não está no art. 226, §3º da CRFB, mas em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não-discriminação.

Em seguida, foi proferido o sexto voto do julgamento pelo ministro Gilmar Mendes. Inicialmente, o ministro ressalta o papel que o Supremo Tribunal Federal está assumindo, dando uma resposta positiva aos grupos minoritários, uma vez que, nas palavras de Mendes, “se o sistema, de alguma forma, falha na composição desta resposta e se o Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir ao próprio sistema político, óbvio que a resposta só poderá ser esta de caráter positivo”⁴⁵.

Gilmar Mendes, em seguida afirma, a partir do direito de liberdade, a ideia de que a opção sexual está contemplada na ideia do exercício de liberdade, de autodesenvolvimento. Ademais, entendeu o ministro que a expressão literal não deixa dúvida de que a união estável expressa na Constituição, no art. 226 §3º, é a formada exclusivamente entre o homem e a mulher e que, por isso, o intérprete não pode dizer que lê no texto constitucional o que quiser. Por outro lado, Mendes defende ser muito difícil para a Corte Constitucional fazer todo o elenco de distinções que poderia ocorrer entre a união estável heteroafetiva e a união estável homoafetiva.

Do voto do ministro Gilmar Mendes, percebemos que ele parte do pressuposto de que a união estável expressa na Constituição é entre homem e mulher. No entanto, esse fato não significa negativa de proteção à união civil entre pessoas do mesmo sexo, e nem poderia. Ora, conforme afirmamos acima, o legislador não consegue prever todas as situações humanas e, portanto, não há como inferir que a proteção a união afetiva formada entre pares heterossexuais seria a proibição da união afetiva entre pessoas do mesmo sexo.

Por outro lado, da mesma forma que o ministro relator Ayres Britto e o ministro Luiz Fux, Gilmar Mendes considera a homossexualidade um fato da vida e, uma vez pautadas por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, à semelhança de outros tipos de união expressamente previstos na CRFB/88 como entidades familiares, as uniões homoafetivas mereceriam igual proteção. Nas palavras do ministro:

⁴⁵ ADI 4.277, p. 729.

Primeiramente, constata-se a ausência de regulamentação normativa específica acerca da união entre pessoas do mesmo sexo e a falta de um modelo institucional mínimo no Brasil, a trazer insegurança jurídica e prejuízos ao reconhecimento de direitos na esfera estatal e no âmbito das relações públicas e privadas.

Faltam leis federais e locais que regulamentem satisfatoriamente a matéria e há divergência de posicionamento das administrações públicas dos entes federativos em acolher ou não pedidos administrativos relacionados à concessão de benefícios ou à proteção de interesses.

Esses impasses, por vezes, têm sido levados à apreciação do Poder Judiciário e os tribunais brasileiros vêm adotando posicionamentos distintos, conforme demonstram os documentos juntados aos autos. Há decisões judiciais em que se nega validade jurídica à união homoafetiva (por impossibilidade jurídica do pedido). Em outras situações, reconhecesse a relação como sociedade de fato, no âmbito dos direitos das obrigações. Em outros casos, avança-se para afirmar a união homoafetiva como entidade familiar, equiparada à união estável no que couber. A depender do entendimento adotado, poderão ser declaradas competentes a vara cível ou a vara de família (ADI 4.277, p. 769).

Gilmar Mendes tratou, ainda, da controvérsia política e da ausência de uma deliberação consensual do Congresso Nacional. Salientou que a união homoafetiva, seus reflexos nas diversas searas jurídicas, e outros assuntos conexos parecem não ter sido simplesmente esquecidos pelo legislativo. Mendes enfatiza que, após a CRFB/88, inúmeros projetos de lei e propostas de emendas à Constituição foram apresentados, no entanto nenhuma ainda foi aprovada, tantas outras arquivadas e muitas outras ainda estão em tramitação e que o Poder Legislativo “debruça-se sobre o tema há mais de 15 anos, até hoje não conseguiu chegar a um consenso básico para aprovação de qualquer regulamentação”⁴⁶.

Vale salientar, outrossim, que na contramão de preceitos constitucionais de igualdade e não-discriminação, surge na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6583/2013 (PL 6583/13), de autoria do Deputado Federal Anderson Ferreira (PR/PE). Denominado Estatuto da Família, o PL 6583/13 abarca em seu Art. 2º⁴⁷ a proteção exclusiva à família formada pela união entre um homem e uma mulher, afastando a legitimidade de qualquer outro arranjo que não se amolde aos ditames da legalidade.

O estatuto da família coloca em segundo plano o princípio constitucional da afetividade para legitimar as relações familiares apenas no binarismo homem e mulher (heterossexuais), afastando qualquer outra relação que não se amolde a este modelo. E pior, cria um conceito restrito de família, o que fere os moldes constitucionais e é contrário à jurisprudência do

⁴⁶ ADI 4.277, p. 773.

⁴⁷ Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre **um homem e uma mulher**, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (2011)⁴⁸, que se sustentam no princípio da dignidade da pessoa humana como aporte na fundamentação dos acórdãos prolatados em que, de acordo com a interpretação conforme a constituição, inexistem vedações legais para que pessoas do mesmo sexo se habilitem para o casamento.

Outrossim, é nítido que o estatuto da família resgata o conceito arcaico de núcleo familiar, composto exclusivamente pela união do homem e da mulher, apenas, visando conceder proteção constitucional apenas àqueles arranjos que se enquadram no seu conceito, ou seja, em conformidade com a noção heteroparental de família. Além do mais, percebemos que o objetivo do projeto é perpetuar o ódio infundado contra os que se recusam a seguir os modos e regramentos estipulados por parte da sociedade conservadora.

Ademais, cremos serem frágeis os princípios que visam proteger um único modelo de família, deixando sem amparo legal os demais arranjos familiares, seja porque a sociedade e a família são dinâmicas e vivem em constantes transformações ou porque o Supremo Tribunal Federal, detentor soberano da Constituição, já afirmou a existência de inúmeros arranjos familiares à luz da CRFB/88.

Assim, o argumento de que o judiciário invadiu a competência do legislativo não se sustenta, ante os inúmeros projetos apresentados e nenhuma resposta plausível à negativa de reconhecimento de direitos às uniões homoafetivas.

Dando seguimento a análise do voto do ministro Gilmar Mendes, o mesmo recorre ao debate no Direito Comparado como resposta aos questionamentos nacionais, bem como à insuficiente proteção conferida pela atuação administrativa regulamentar. Ao arremate do seu voto, Mendes trata do problema das lacunas valorativas ou axiológicas e a ideia da aplicação do pensamento do possível.

O ministro Gilmar Mendes traz o “pensamento jurídico do possível” de Petter Harbele⁴⁹, que entende como expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta, ou seja, “uma teoria constitucional das alternativas” que pode converter-

⁴⁸ STJ - REsp: 1183378 RS 2010/0036663-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 25/10/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2012.

⁴⁹ “O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (fragendes Denken). Na res publica existe um ethos jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje poder corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor” (Häberle, Die Verfassung des Pluralismus, cit., p. 3). ADPF 4.277, p. 795.

se numa “teoria constitucional da tolerância”⁵⁰. Conclui Gilmar Mendes afirmando que o pensamento do possível tem dupla relação com a realidade: uma de caráter negativo, indagando sobre o também possível, e outra na perspectiva da realidade (futura), permitindo separar o impossível do possível.

Ao aplicar a teoria do possível, Gilmar Mendes defendeu que, mesmo se não fosse possível resolver a questão da união homoafetiva sob o prisma da aplicação direta da disposição do art. 226, §3º, seria possível a solução do reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo pela aplicação do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da não discriminação dessa liberdade de escolha, em concordância com outros princípios fundamentais. Ademais, argumentou o ministro que “é a falta de um modelo normativo de proteção institucional para a união homoafetiva que torna adequada a utilização do pensamento do possível”.

Concluindo seu voto, Gilmar Mendes defendeu que a equiparação pura e simples das relações homoafetivas pode preparar surpresas das mais diversas, tendo em vista a complexidade do fenômeno social. Indagou qual seria a repercussão da decisão em relação às questões de filiação e da facilitação da conversão da união estável entre homem e mulher em casamento. Por fim, deixou claro que se limitou a reconhecer a existência de união entre pessoas do mesmo sexo por fundamentos distintos daqueles defendidos pelo relator ministro Ayres Britto, sem se pronunciar sobre outros desdobramentos.

Nitidamente percebemos que, embora o dispositivo do voto do ministro Gilmar Mendes tenha sido convergente com os dos demais ministros, a sua fundamentação foi edificada em outros valores, em especial com suporte na teoria do pensamento do possível. Maingueneau (2015) entende que cada discurso constituinte implica um campo, no qual há concorrência entre os diversos posicionamentos, mas também porque os próprios discursos constituintes são múltiplos. Ademais, o discurso é interativo. Assim, nas palavras de Maingueneau (2015, p. 26) “os interlocutores coordenam suas enunciações, enunciam em função da atitude do outro e percebem imediatamente o efeito que suas palavras têm sobre ele”.

O sétimo voto do julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132 foi proferido pela ministra Ellen Gracie, que acompanhou à integralidade o voto do ministro relator. A ministra trouxe ao debate breves considerações sobre a evolução dos direitos dos homossexuais; desde a descriminalização dos atos homossexuais até o efetivo reconhecimento das famílias

⁵⁰ ADI 4.277, p. 794.

homoafetivas, citando o reconhecimento recente na Espanha, Portugal e Argentina. Relembrou, ainda, os processos jurisdicionais ocorridos em alguns países como Canadá e África do Sul, que levaram à possibilidade das uniões - mais especificamente - o casamento civil homoafetivo. Encerrou seu voto afirmando que:

O reconhecimento hoje, pelo Tribunal, desses direitos, responde a pessoas que durante longo tempo foram humilhadas, cujos direitos foram ignorados, cuja dignidade foi ofendida, cuja identidade foi denegada e cuja liberdade foi oprimida. O Tribunal lhes restitui o respeito que merecem, reconhece seus direitos, restaura sua dignidade, afirma sua identidade e restaura a sua liberdade (ADI 4.277, p. 800).

Percebemos, da análise do breve voto da ministra Ellen Gracie, que a mesma defende que o ordenamento jurídico repudia todas as formas de violência aplicadas contra grupos minoritários e questiona: se a união homoafetiva é estável, por que ainda não é considerada entidade familiar?

Por sua vez, o ministro Marco Aurélio, oitavo a votar, iniciou seu voto revelando uma preocupação com o índice de homicídios decorrentes da homofobia no Brasil. Defendeu a necessidade preeminente de lei específica que coíba tais atos de violência, uma vez que, “em se tratando de homofobia, o Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios anuais cujas vítimas foram trucidadas apenas por serem homossexuais”⁵¹. Também é verdade que a LGBTfobia mata no Brasil um LGBT a cada 19 horas⁵². Assim, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar dá igual valor às pessoas e garante direitos fundamentais primários aqueles marginalizados pela sociedade.

Em seguida, construiu seu voto criticando a obediência cega à lei injusta, destacando que a história já revelou o risco de tal enfoque, a exemplo das Leis de Nuremberg. Afirmou que o direito, por ser fruto da cultura humana, não pode se buscar exclusivamente na pureza das ciências naturais, embora possa perseguir a objetividade e a racionalidade possíveis.

O ministro Marco Aurélio observou, nessa primeira fase do seu voto, que o Direito submetido à Moral prestou serviços à perseguição e à injustiça. No entanto o ministro defendeu que a Moral e o Direito, embora tenham critérios distintos, devem caminhar juntos. Marco Aurélio criticou, com razão, que as questões religiosas não podem ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja, uma vez que o Estado Laico e a liberdade religiosa são

⁵¹ ADI 4.277, p. 809.

⁵² Disponível em: <<https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2018/01/25/homofobia-mata-um-brasileiro-a-cada-19-horas-aponta-levantamento.htm>>. Acesso em: 2 mai. 2018.

barreiras que impedem que concepções morais advindas da religião guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, dentre eles o direito à liberdade de orientação sexual.

Ao tratar especificamente sobre a família, Marco Aurélio é enfático ao afirmar que “a família é uma construção cultural”⁵³. O ministro traz referências de Maria Berenice Dias, que relata que no passado a família formava-se para fins exclusivos de procriação. E que tal função sofreu os impactos da Revolução Industrial, quando as recém-nascidas indústrias passaram a absorver a mão de obra dos centros urbanos. Para Dias (2011, p. 178) “agora não se exige mais a tríplice identidade: família-sexo-procriação”.

Em contrapartida, Aurélio entende que, se o reconhecimento jurídico da família depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para a promoção da dignidade dos consortes, regida exclusivamente pelo afeto, não prevalece, então, quaisquer dúvidas de que a Carta Constitucional permite a união homoafetiva. Por outro lado, ante a repersonalização do direito civil, que conferiu a interpretação das regras do direito privado à luz das normas constitucionais, não há como negar reconhecer a modificação paradigmática do direito civil às uniões homoafetivas. Antes consideradas sociedades de fato, que por sua vez são sociedades irregulares, afetadas por vícios que as inquinam de nulidade e, conseqüentemente, não têm vida jurídica.

Interessante, pois, o voto do ministro Marco Aurélio ao fazer a ligação da sociedade de fato às sociedades irregulares do direito empresarial. Ora, nada mais ilógico do que as demandas oriundas das uniões homossexuais serem processadas perante o juízo cível. A essência da homoafetividade é o afeto e o amor, sendo os laços que sustentam a família homoafetiva decorrentes do compartilhamento de vida, e não da obtenção de lucro ou atividade negocial. Nas palavras do ministro Marco Aurélio:

A homoafetividade é um fenômeno que se encontra fortemente visível na sociedade. Como salientado pelo requerente, inexistente consenso quanto à causa da atração pelo mesmo sexo, se genética ou se social, mas não se trata de mera escolha. A afetividade direcionada a outrem de gênero igual compõe a individualidade da pessoa, de modo que se torna impossível, sem destruir o ser, exigir o contrário. Insisto: se duas pessoas de igual sexo se unem para a vida afetiva comum, o ato não pode ser lançado a categoria jurídica imprópria. A tutela da situação patrimonial é insuficiente. Impõe-se a proteção jurídica integral, qual seja, o reconhecimento do regime familiar (ADI 4.277, p. 819).

Em seguida Marco Aurélio discorre sobre a dignidade da pessoa humana e afirma que “o Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de

⁵³ ADI 4.277, p. 813.

vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade”, assim, “ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie”.⁵⁴ Por fim, o ministro extrai o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas do princípio da dignidade da pessoa humana, com o fito de ceifar os preconceitos ancestrais e o amesquinamento do ser humano.

Celso de Mello, por sua vez, iniciou o penúltimo voto tratando do “pecado nefando”⁵⁵, fazendo uma revisitação à legislação portuguesa que se impôs ao Brasil Imperial. Em seguida tratou, também, do reconhecimento da união estável homoafetiva como legítima entidade familiar. Os fundamentos utilizados por Celso de Mello para o reconhecimento foram os princípios das liberdades públicas, da igualdade e da não-discriminação de grupos minoritários que integram a comunhão nacional.

Seguindo o raciocínio, Celso de Mello afirmou que as pessoas homossexuais são vítimas de tratamento discriminatório e que sofrem tratamento excludente que tem marginalizado tais grupos. Porém, a orientação sexual, como direito personalíssimo, permite aos parceiros homoafetivos consequências relevantes no plano do direito, em especial na esfera previdenciária e no campo das relações sociais e familiares.

Sobre o art. 226 da CRFB/88, Celso de Mello não visualiza lacuna voluntária ou consciente do constituinte originário e entende, assim como o ministro Gilmar Mendes, pela direta incidência dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade e da segurança jurídica como postulado constitucional implícito que consagra a busca da felicidade aos parceiros do mesmo sexo.

Mais a mais, o ministro ressalta a função contramajoritária⁵⁶ do Supremo Tribunal Federal no plano da jurisdição das liberdades, que, embora desempenhe um papel importante no processo decisório, “não pode legitimar a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização

⁵⁴ ADI 4.277, p. 819.

⁵⁵ “Pecado nefando” era expressão correntemente utilizada pelos inquisidores para a sodomia. Nefandus: o que não pode ser dito. A Assembléia de clérigos reunida em Salvador, em 1707, considerou a sodomia “tão péssimo e horrendo crime”, tão contrário a lei da natureza, que “era indigno de ser nomeado” e, por isso mesmo, nefando. (NOVAIS; MELLO DE SOUZA. *História da Vida Privada no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, v.1. 1997).

⁵⁶ Órgão **investido** do poder e da responsabilidade institucional **de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra** omissões que, **imputáveis aos grupos majoritários**, tornem-se lesivas, **em face** da inércia do Estado, **aos direitos** daqueles **que sofrem os efeitos perversos** do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica (ADI 4.277, p. 845).

da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito”⁵⁷. Pelo fragmento retro entendemos que a defesa das minorias resta assegurada pelo sistema jurídico, garantido pela plena legitimação material do Estado Democrático de Direito.

Outrossim, Celso de Mello enfatizou o direito à busca da felicidade como verdadeiro postulado constitucional implícito aos cidadãos, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana. Mello reconheceu, no entanto, que o direito à busca da felicidade se mostra gravemente comprometido quando o Congresso Nacional, influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar que grupos minoritários fruam os direitos fundamentais.

Concordamos com a afirmação do ministro na medida em que o Congresso Nacional eleito é o mais conservador desde 1964⁵⁸ e representa um retrocesso nas pautas referentes aos grupos minoritários como a população LGBT. Assim não podemos esperar, pelo menos nessa legislatura, garantia de direitos civis às uniões homoafetivas por meio do legislativo federal.

Antes de chegar à conclusão do seu voto, o ministro Celso de Mello discutiu o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional e como a valoração desse novo paradigma é o núcleo conformador do conceito de família.

Por fim, salientou a importância do papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, por expressa delegação do poder constituinte, em conferir a estabilidade do ordenamento jurídico do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República.

O último voto a ser proferido no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132 foi do presidente do Supremo Tribunal Federal na época do julgamento, o ministro Cezar Peluso. Em seu breve voto, o ministro não acrescentou argumentos à procedência dos pedidos das ações, apenas justificou a adesão às conclusões de maneira breve.

Em síntese, Peluso entendeu que o rol do art. 226 é meramente exemplificativo, de modo a permitir que outras modalidades de famílias surjam, tendo por base os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não-discriminação e outros. O ministro discordou do relator para afirmar que, embora as modalidades de família previstas na CRFB/88 não sejam *numerus clausus*, há uma lacuna que precisa ser preenchida, segundo

⁵⁷ ADI 4.277, p. 847.

⁵⁸ Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,congresso-eleito-e-o-mais-conservador-desde-1964-afirma-diap,1572528>>. Acesso em: 1 mai. 2018.

as regras tradicionais da analogia, diante da similitude factual entre a união estável entre homem e mulher e a união estável homoafetiva.

Peluso defendeu, assim como o ministro Marco Aurélio, que as uniões homoafetivas, marcadas sobretudo pela afetividade, não podem ser submetidas às normas que regulam as sociedades comerciais. Entendeu haver uma nova modalidade de família, com requisitos próprios e que necessita de regulamentação própria. Por fim, não fechou os espaços de legitimação pelo Congresso Nacional, que tem o dever de regulamentar tais relações.

Concluindo a análise preliminar dos votos dos dez ministros na ADI 4.277 e na ADPF 132, cabe-nos fazer uma análise crítica sobre o nosso *corpus* no tópico seguinte.

Ademais, com Stamford da Silva (2014) entendemos que não analisamos pronunciamentos numa sessão do Supremo Tribunal Federal, analisamos, pois, discursos. Maingueneau (2015, p. 143), por sua vez, estabelece “que cada discurso constituinte implica um campo, no qual há concorrência entre diversos posicionamentos, mas também porque os próprios discursos constituintes são múltiplos”. Assim, “os discursos constituintes possuem um singular estatuto com zonas de fala em meio a outras falas e falas que pretendem preponderar sobre as outras” (MAINGUENEAU, 2000, p. 6).

Saliente-se mais uma vez que “este trabalho está interessado não nos detalhes de textos falados e escritos, mas em olhar historicamente os discursos” e por ser “todo o discurso prática social” (GILL, 2015, p. 247-248). Ou seja, olhar a decisão com foco na sua construção, sua organização e as funções discursivas, considerando os contextos sociais, o lugar da fala e sua influência no direito.

4.3 “O problema não se esgota na observância dos iguais respeito e consideração”

Ao realizar a análise dos votos dos dez ministros (*corpus* desta pesquisa), em que pese o importante passo na construção de uma sociedade fraterna, pluralista e solidária, bem como a aplicação direta e efetiva dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, da liberdade para dispor da própria sexualidade e do direito à intimidade e a autonomia privada, entendemos que a Egrégia Corte Constitucional,

no seu papel contramajoritário, deixa de questionar os valores impostos pela própria sociedade no que se refere às questões de gênero e à própria sexualidade padrão como opressora das sexualidades marginalizadas.

É verdade que a maioria dos votos dos ministros se deu tendo por base os princípios constitucionais, extremamente relevantes em Estados Democráticos de Direito, como o nosso. Inegável, também, que a interpretação dada por meio dos princípios constitucionais tem um papel decisivo para a consolidação da força normativa da constituição, mas apenas a invocação dos princípios não seria suficiente para efetivar a igualdade entre os grupos majoritários e os marginalizados. Assim, as críticas que fazemos à construção das estratégias discursivas na construção do sentido de família homoafetiva na ADI 4.277 e na ADPF 132 são as seguintes:

a) apenas a efetivação dos princípios constitucionais não é suficiente para concretização da igualdade entre os indivíduos de sexualidades divergentes;

b) existem sexualidades desprezadas e marginalizadas que, pelo simples fato de não corresponderem ao padrão social, são ceifadas de direitos fundamentais básicos. Ademais, existe na realidade brasileira uma gama de categorias distintas no exercício da orientação sexual e que merecem reflexões nas dimensões de gênero e sexualidade;

c) a ausência de reconhecimento gera a falta de segurança jurídica e propicia a violência LGBTfóbica, que humilha e mata inúmeras pessoas na sociedade, e;

d) a inércia do Legislativo também é considerada uma forma de violência por não garantir que todos os cidadãos usufruam dos direitos fundamentais mínimos.

Quanto ao ponto “a”, o ministro Luiz Fux afirmou que a Corte Suprema, no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, poderia orbitar apenas sob o ângulo jusfilosófico. Nas suas palavras:

Muito embora pudéssemos ficar apenas no ângulo jusfilosófico, que já seria extremamente convincente, como é esse enxerto de alguns princípios pétreos da Constituição Federal, a realidade é que inúmeros princípios constitucionais, quase que a Constituição como um todo, conspiram em favor dessa equalização da união homoafetiva em relação à união estável (ADI 4.277, p. 687).

Ousamos discordar do ministro por algumas razões. Primeiro, embora os princípios fundamentais sejam pedra fundamental do Estado Democrático de Direito, as questões da sexualidade humana perpassam o mero sentido jusfilosófico. Compreendemos a base principiológica que fundou a decisão, quais sejam, o direito à igualdade (art. 5º, *caput*); à liberdade, à autonomia da vontade (art. 5º, II), à dignidade da pessoa humana (art.1º, III); e à

segurança jurídica (art. 5º, *caput*). No entanto a concretização da igualdade entre os cidadãos deve ser efetiva e não apenas filosófica, sob pena de termos, conforme tese defendida por Ferdinand Lassalle (2002), apenas uma folha de papel. Para Lassalle as normas devem se apoiar nos fatos, enunciando-os como já são e, por conseguinte, adquirem força de realidade. Assim, quando as normas ignoram os fatos, estabelecendo uma realidade que não existe, se tornam documento ineficaz, ou seja, apenas uma “folha de papel”, sem qualquer poder normativo. Ademais, desprezar a existência das uniões entre pessoas do mesmo sexo sob o argumento de ausência de previsão legal é confirmar o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do direito.

Segundo, entendemos que apenas declarar que os princípios constitucionais irradiam sob as relações familiares não previstas expressamente no texto constitucional, em especial as uniões homoafetivas, não é suficiente, pois diversos direitos estão sendo negados às famílias homoafetivas. Mais a mais, não basta apenas o reconhecimento do direito ao livre exercício da orientação sexual. Outras barreiras ainda existem, tais como: o direito a igualdade civil; a não-discriminação nos direitos patrimoniais, em especial as pensões e meação de bens e herança; a igualdade de acesso a bens primários de uma estrutura cultural intacta; o idêntico respeito às várias formas de relacionamento pessoal e a igualdade de direito de adoção e filiação. Só assim a igualdade será plena.

Ademais, ao equiparar a união homoafetiva à união estável por pares heterossexuais, àqueles devem ser estendidos os direitos e obrigações destes. Ora, não aceitar sua aplicação analógica, com fulcro na hermenêutica constitucional, seria evidentemente uma forma flagrante de discriminação pautada única e exclusivamente na sexualidade dos consortes. Rolf Madaleno (2013, p. 311) assevera que:

Ao impor efeito vinculante e declarar a obrigatoriedade do reconhecimento como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo, conquanto atendido os mesmos pressupostos exigidos para a constituição da união entre o homem e a mulher e estender com idêntica eficácia vinculante, os mesmos direitos e deveres aos companheiros do mesmo sexo, o STF lhes conformou erga omnes o reconhecimento da condição de entidade familiar e lhes atribuiu os mesmos direitos e deveres pertinentes aos companheiros heteroafetivos (...).

Ainda assim, uma vez configurada a união estável homoafetiva e observada a necessidade existencial da família, surge a obrigação de prestar alimentos, por exemplo, em razão desse vínculo jurídico, quando ela própria não pode prover. Os alimentos são, portanto, deveres jurídicos de sustento, assistência e amparo, fundados no princípio da solidariedade.

Ora, findada a convivência familiar, a divisão de bens deve respeitar o regime jurídico adotado pelos companheiros. De sorte, sendo considerados como parceiros, estes devem comprovar a efetiva contribuição para a formação do patrimônio comum. Superada a prova da convivência homoafetiva e a prova da contribuição, podendo esta ser direta ou indireta, os bens adquiridos pelo casal durante o relacionamento serão, de fato, partilhados. Caberá, então, a cada um dos companheiros a parte que efetivamente contribuiu para a formação do patrimônio, afim de evitar o enriquecimento ilícito. O patrimônio dos consortes só será partilhado no instante da dissolução ou no falecimento de um dos parceiros.

No que tange aos direitos sucessórios, cabe salientar que, com o reconhecimento da equiparação à união estável homoafetiva e sua qualificação aos *status* de família, deve ser garantido ao companheiro o direito à herança sobre os bens do consorte falecido. Os direitos sucessórios assegurados à pessoa homossexual dependem da relação existente entre o casal no momento da morte de um dos consortes, uma vez que o código civil traz distinções de acordo com o modelo de arranjo familiar e o regime de bens adotado pelo casal.

Fato é que o cônjuge/companheiro sobrevivente pode requerer a abertura do inventário dos bens deixados pelo companheiro ou se habilitar no inventário aberto por outro herdeiro. Caso haja discordância de sua habilitação com os demais sucessores e não haja prova da existência da união, será necessária a abertura de uma ação sucessória de declaração de relacionamento homoafetivo. Provado a qualidade de companheiro, incidirão os direitos sucessórios ao consorte sobrevivente.

No que tange ao ponto “b”, percebemos quando tratamos mais profundamente, na seção anterior, que existem sexualidades desprezadas e marginalizadas. As questões aqui resgatadas não são tão simples. A heterossexualidade como natural e normativa organiza e orienta as relações sociais, desprezando aqueles que não se enquadram no padrão pré-estabelecido.

Para Louro (2009), pressupõe-se a lógica de que todas as pessoas sejam ou devam ser heterossexuais, o que justifica termos o sistema de saúde e de educação, o jurídico e o midiático construídos à imagem e semelhança desses sujeitos. Assim, estes estão qualificados para usufruir da assistência dos benefícios e serviços do Estado. Aqueles que se encontram à margem da sexualidade padrão sofrem dificuldade para ter seus direitos civis e sociais garantidos.

Por outro lado, segundo Rios (2012), as discordâncias sobre o significado do gênero estabelecem a necessidade de repensar e ressignificar radicalmente as categorias da identidade no contexto das relações de uma assimetria radical do gênero. Ademais, conforme reflexões

feitas na seção anterior, o gênero é visto como uma “complexidade cuja totalidade é permanentemente protelada, jamais plenamente exibida em qualquer conjuntura considerada” (BUTLER, 2015, p. 42).

Rios (2012, p. 6) afirma, por fim, que “os processos de construção dos sujeitos são compostos pelo discurso jurídico como um dos seus elementos mais impactantes, de modo especial quando estão em jogo noções de gênero e sexualidade”. Assim, é forçoso reconhecer que a heterossexualidade compulsória reforça a ideia de que o gênero é regulado de forma binária, conforme exposto na seção anterior, consolidando e conferindo coerência interna entre sexo, gênero e desejo (RIOS, 2012).

Saliente-se ainda que “a divisão dos gêneros e do desejo (hétero) sexual funciona, de preferência, como um dispositivo de reprodução da ordem social, e não como um dispositivo de reprodução biológica da espécie” (BORRILLO, 2015, p. 16). Assim, com a hierarquização das sexualidades, há que se decotar os efeitos políticos que daí surgem.

A problemática levantada no item “b” é exatamente a retificação das identidades sexuais e a repetição dos modelos heterossexistas nas relações homoafetivas. Outrossim, os direitos sexuais idealizados especialmente a partir dos direitos dos gays, lésbicas, transexuais e travestis, sequer foi citado nos dez votos proferidos pelos ministros da Suprema Corte. Saliente-se que, processualmente falando, os direitos sexuais não eram parte expressa do pedido das ações, no entanto, ao tratar das relações afetivo-sexuais e em se tratando de um julgamento constitucional, os direitos sexuais serviriam como pilar na sustentação do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas.

Ademais, sendo os direitos sexuais compreendidos como afirmação dos direitos humanos, em sede da proteção internacional dos Direitos Humanos, destacamos os Princípios de Yogyakarta – Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em reação à orientação sexual e identidade de gênero - oriundos de conferência organizada por uma coalizão de organismos internacionais, coordenada pela Comissão Internacional de Juristas e pelo Serviço Internacional de Direitos Humanos. Tais princípios tratam de um amplo leque de normas de direitos humanos e de sua aplicação referentes às questões de orientação sexual e identidade de gênero e afirmam a obrigação primordial dos Estados de implementarem os direitos humanos. Os Princípios de Yogyakarta compreendem orientação sexual e identidade de gênero como sendo, respectivamente:

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.

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.

Ao todo são dispostos vinte e nove princípios para assegurar às pessoas, das mais diversas orientações sexuais e identidades de gênero, a mesma dignidade e respeito que os demais. Destaque-se os princípios do “reconhecimento perante a lei”, de “constituir uma família” e de “participar da vida pública e cultural” do Estado. Vale salientar que violações de direitos humanos atingem pessoas por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero em todo o mundo. No entanto essas violações são agravadas por outras formas de violência, como ódio, exclusão e discriminação, bem como aquelas baseadas em idade, religião, deficiência e raça.

Assim, da mesma forma que o sistema global de proteção dos direitos humanos tenta minimizar os efeitos da discriminação por gênero, sexo e orientação sexual, o Estado, internamente, por meio dos seus poderes, deve prestar ações positivas no combate a intolerância e discriminação.

Por outro lado, o item “c” revela um fato preocupante na sociedade contemporânea: a violência LGBTfóbica. Percebemos, na análise do *corpus* deste trabalho, algumas passagens sobre a violência sofrida em razão da orientação sexual. O relator, ministro Ayres Britto apenas cita que interpretando o conceito de família por forma não-reducionista, a Suprema Corte cumprirá o seu papel, que é a manutenção da coerência da Constituição, pois “o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou *homofóbico*” (ADI 4.277, p. 649). No entanto Britto sequer explicou o que seria tal discurso homofóbico e quais consequências práticas a LGBTfobia desencadeia na sociedade.

A ministra Cármen Lúcia, por sua vez, foi um pouco mais enfática ao afirmar que “não se está aqui a discutir, nem de longe, a covardia dos atos, muitos dos quais violentos, contrários a toda forma de direito, que a manifestação dos preconceitos tem dado mostra contra os que fazem a opção pela convivência homossexual” (ADI 4.277, p. 696). Ora, a Suprema Corte tinha o dever de ser protagonista na função precípua de defesa dos direitos e garantias fundamentais

dos cidadãos vítimas de violência física. A discussão da LGBTfobia deveria sim ser abordada e devidamente repudiada.

Por sua vez, o ministro Marco Aurélio destacou os altos índices de homicídios decorrentes da homofobia⁵⁹. Marco Aurélio fez a seguinte observação:

Em 19 de agosto de 2007, em artigo intitulado “A igualdade é colorida”, publicado na *Folha de São Paulo*, destaquei o preconceito vivido pelos homossexuais. O índice de homicídios decorrentes da homofobia é revelador. Ao ressaltar a necessidade de atuação legislativa, disse, então, que são 18 milhões de cidadãos considerados de segunda categoria: pagam impostos, votam, sujeitam-se a normas legais, mas, ainda assim, são vítimas preferenciais de preconceitos, discriminações, insultos e chacotas, sem que lei específica coíba isso. Em se tratando de homofobia, o Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios anuais cujas vítimas foram trucidadas apenas por serem homossexuais (ADI 4.277, p. 809).

Não deve ser considerado exagero nomear a violência LGBTfóbica de “cruel”, uma vez que cotidianamente são noticiados^{60 61 62 63} casos de violência física e moral contra LGBTs. Em todos os discursos homofóbicos que fundamentam as condutas de segregação e discriminação, eles não apresentam um conteúdo proposicional claramente definido. Alós (2011, p. 439) afirma que o discurso homofóbico “é constituído por um enorme conjunto de assertivas diversas e heterogêneas, provenientes de diferentes domínios do saber”.

Sendo guardião da Constituição e do ordenamento jurídico, a Suprema Corte, no cumprimento do seu papel não deveria se imiscuir de afirmar, categoricamente, o quão grave é a violência sofrida em razão da orientação sexual e que tais fatos não se coadunam com o atual estágio dos direitos humanos.

Por fim, no que se refere ao item “d”, sobre a inércia do Legislativo, tem-se que tal omissão é considerada uma forma de violência. Conforme asseverou o Ministro Gilmar Mendes⁶⁴ “colhem-se indícios de que, apesar de o Poder Legislativo debruçar-se sobre o tema há mais de 15 anos, até hoje não conseguiu chegar a consenso básico para a aprovação de qualquer regulamentação”.

⁵⁹ Leia-se LGBTfobia.

⁶⁰ Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/estudo-aponta-que-65-dos-gays-brasileiros-ja-presenciaram-homofobia-no-trabalho/>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

⁶¹ Disponível em: <<http://ondda.com/noticias/2016/12/homofobia-em-2016>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

⁶² Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/09/25/brasil-tem-recorde-de-lgbts-mortos-em-2017-ainda-doi-diz-parente.htm>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

⁶³ Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/sao-paulo/2017/o-mapa-da-homofobia-em-sp/>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

⁶⁴ ADI 4.277, p. 773.

Outrossim, existe uma tendência no Poder Legislativo em não admitir a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, pois não a considera integrante do direito das famílias. Assim, aos companheiros nesta situação, são negados direitos fundamentais como o da dignidade humana, além de não poderem adotar, ter direitos previdenciários e sequer serem admitidos como herdeiros.

O fato é que o STF, embora tenha defendido em algumas passagens o papel contramajoritário da Corte na defesa de grupos minoritários, em especial nos votos dos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, acabou deixando de efetivar maiores críticas ao Poder Legislativo no que tange à ausência de regulamentação e efetivação dos direitos fundamentais.

Tabela 07 - Resumo dos principais argumentos utilizados nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.277 e ADPF 132 para a construção do sentido de família homoafetiva

Relator - Ministro Ayres Britto	Heteroafetividade – afeto entre pessoas de sexos opostos; Não há hierarquia entre os arranjos familiares; Conclusões: a) a família não é constituída apenas pelo casamento; b) dualidade homem/mulher como referência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental; c) a referência no art. 226, §3º a figura do homem e mulher representa o combate a renitência patriarcal dos costumes que inferiorizam a mulher; d) ausência de hierarquia entre os arranjos familiares; Princípio geral de inclusão (art. 226, §3º)
2º Voto – Ministro Luiz Fux	Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais; Premissas: a) a homossexualidade é um fato da vida; b) a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual, não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas uma característica do indivíduo; c) a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença; d) os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocas, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida; e e) não há qualquer

	inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas.
3º Voto – Ministra Cármem Lúcia	Liberdade de escolha e opção da sexualidade devem ser garantidos constitucionalmente; Para ser digno há que ser livre e o indigno leva ao sofrimento socialmente imposto.
4º Voto – Ministro Ricardo Lewandowski	União Homoafetiva como nova modalidade de família, um quarto gênero; Homossexualidade como um fato da vida.
5º Voto – Ministro Joaquim Barbosa	Discurso de tolerância e limbo jurídico; Em um primeiro momento se buscava a tolerância pela sociedade e hoje se busca o reconhecimento das respectivas relações.
6º Voto – Ministro Gilmar Mendes	Direito a liberdade; Dificuldade para a Corte Constitucional fazer todo o elenco de distinções que poderia ocorrer entre a união estável heteroafetiva e a união estável homoafetiva; Reconhecimento jurídico; Injustiça socioeconômica, cultural ou simbólica e LGBTfóbica.
7º Voto – Ministra Ellen Gracie	Defendeu que o ordenamento jurídico repudia todas as formas de violência aplicadas contra grupos minoritários e questionou que se a união homoafetiva é estável por que ainda não é considerada entidade familiar.
8º Voto – Ministro Marco Aurélio	Homofobia e ausência de lei específica que coíba tais atos de violência; Obediência cega à lei injusta; Moral e direito; “A família é uma construção cultural”.
9º Voto – Ministro Celso de Mello	“Pecado nefando”; Função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal; Direito a busca da felicidade.
10º Voto – Ministro Celso de Mello (Presidente do STF)	Rol do art. 226 é meramente exemplificativo; Há lacuna a ser preenchida; Nova modalidade de família com requisitos próprios e que necessita de regulamentação própria.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num Estado Democrático de Direito em que a pessoa humana é o núcleo existencial, não há como condenar parte da população à marginalidade, deixando-a aquém da tutela jurídica. Ciente dessa condição, o poder judiciário há quase uma década passou a reconhecer a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, a ausência expressa de proteção constitucional às uniões homoafetivas por muito tempo impediu a concretização de direitos fundamentais, em razão de uma interpretação pautada em valores patriarcais. A existência de outras entidades familiares, bem como a faculdade de se reconhecer filhos havidos fora do casamento, da possibilidade do divórcio e da constitucionalização do princípio do afeto, justifica a visão polissêmica do conceito de família, abraçando os diversos arranjos existentes na atualidade.

A motivação para a elaboração deste trabalho também se deve ao fato de termos verificado, há algum tempo, mudanças ocorridas na estrutura e funcionalidade social dos arranjos familiares, como também o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas nos Estados Democráticos de Direito como entidades familiares albergadas, primordialmente, à luz dos direitos humanos. Além disso, essa escolha também foi movida por um desejo particular de contribuir para o adensamento das produções acadêmicas voltadas para a realidade das novas configurações familiares, elaborando reflexões sobre a formação da família formada por diversos modelos, possibilitando e contribuindo para o enfrentamento das resistências históricas surgidas na construção da sociedade.

Outrossim, o questionamento deste trabalho despontou a partir de três perspectivas a fim de possibilitar uma reflexão sobre a construção do sentido de família para o direito brasileiro. São elas, a saber: a) a família como base da sociedade e que merece proteção do estado; b) a discriminação dos diversos arranjos familiares da família formada a partir da união entre o homem e a mulher que, embora existentes, são relegados pelo Estado; e c) os discursos que deram lugar à inclusão da família de pessoas do mesmo sexo na expressão entidade familiar no Brasil.

Na primeira perspectiva destacamos que, conforme o texto constitucional, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (CF/88, art. 226, *caput*), e “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher com entidade família”

(CF/88, art. 226, §3º). No entanto, os legalistas exploram a ausência de previsão expressa no texto constitucional para não reconhecer direitos fundamentais às entidades familiares que não se enquadram na literalidade da lei, resultando em graves violações de direitos humanos.

A segunda perspectiva destaca que, ao não reconhecer que casais formados por pares do mesmo sexo são famílias e que, conseqüentemente, têm direitos, perpetua-se a discriminação por sexo que é vedada expressamente no art. 2º, §4º da Constituição Federal. Institucionaliza-se, desta forma, a desigualdade no direito.

Além disso, ao longo deste trabalho demonstramos que mudanças ocorreram na estrutura e funcionalidade social da família, que antes era formada e organizada no patriarcado, sistema em que mulheres, filhos e servos eram sujeitos ao poder intimidador e soberano do masculino, e este assumia a administração da família e dos seus bens. Tais mudanças não aconteceram de modo natural e espontâneo, foram, na verdade, resultados de anos de reivindicação de diversos setores da sociedade, dos movimentos sociais, das universidades, etc. No entanto, embora reconheçamos tais mudanças, conceber uma estrutura de família para além do modelo burguês só é possível num estado democrático de direito e, por isso, mesmo sabendo que esses direitos foram conquistados, é necessário assegurar a efetivação dos direitos fundamentais. É nesse sentido que esse trabalho contribui para a área dos direitos humanos, na medida em que apenas reconhecer direitos não é suficiente, o Estado deve efetivar políticas públicas para inserção dos diferentes arranjos familiares em todos os setores da sociedade, para assim garantir a igualdade e dignidade de todos.

Atualmente, a igualdade de direitos estampada na CRFB/88 garantiu a isonomia entre os membros da comunidade familiar, afinal, a exacerbada preocupação com o patrimônio das entidades familiares não encontra lugar no centro das relações familiares protegidas pela Constituição Federal de 1988, que consagra a afetividade como elemento caracterizador da família e a felicidade dos seus membros como sua finalidade primeira. No entanto refletir sobre a família ainda é pensar apenas num modelo tradicional, ou seja, a união entre homem e mulher, heterossexuais, unidos pelo matrimônio indissolúvel rodeado pela prole. Contudo, outras configurações de família são igualmente válidas e devem ser respeitadas, assim como o modelo tradicional.

Verificamos também, no decorrer desta dissertação, que a construção da normalidade sexual repousa na heterossexualidade como modelo de sexualidade padrão, tornando-o legítimo, natural e compulsório. Os problemas surgem quando consideramos a heterossexualidade como modelo padrão de sexualidade em relação ao direito das famílias,

desprestigiando quaisquer outros arranjos familiares. Direitos como alimentos, adoção conjunta, visitação, meação e herança, licença-natalidade, direitos previdenciários e sociais são negados aos casais não-heterossexuais por simplesmente não serem considerados famílias. Além disso, a concepção de família fez com que as famílias não-tradicionais fossem, por décadas, esquecidas pelo Direito. Tais famílias sequer existam para o Estado brasileiro, pois eram classificadas como sociedade de fato, mercantilizada, regulada pelo direito obrigacional ou ainda a união entre pessoas do mesmo sexo era considerada relação de amizade, que não se enquadra no sentido de família, pois tampouco é capaz de gerar direitos e deveres na esfera familiar.

Em pese a ausência de regulamentação dos efeitos jurídicos das famílias formadas por pares do mesmo sexo, tais uniões são numerosas e existentes, conforme apontam os dados do Censo IBGE 2010⁶⁵ que questionou a sexualidade dos parceiros nas uniões consensuais no Brasil, e que já contabilizaram mais de 60 mil famílias formadas por companheiros do mesmo sexo, são 67.445, em termos exatos.

Assim, o número de famílias formadas por pessoas do mesmo sexo identificadas pelo Instituto Brasileiro de Pesquisa e Estatística CENSO 2010 remete a ideia de exclusão e desigualdade jurídica, na medida em que tais famílias existem, mas não há reconhecimento jurídico expresso, pela via legislativa.

A terceira perspectiva que embasou esta pesquisa surgiu dos discursos que deram lugar à inclusão jurídica da família formada por pessoas do mesmo sexo na expressão entidade familiar no Brasil. “O direito, sistema de comunicação que é, produz e reproduz o sentido de seus próprios elementos, de suas próprias temáticas, de suas próprias instituições” (STAMFORD DA SILVA, 2014, p. 68). Salientamos que o discurso é uma organização além da frase e é “uma forma de ação”, “interativo”, “contextualizado”, “regido por normas” e “constrói socialmente o sentido” (MAINGUENEAU, 2015, p. 25-28).

Igualmente, a forma como se deu a inclusão da família formada por pessoas do mesmo sexo pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, em 5 de maio de 2011, firmaram-se discursos e criaram-se direitos, vez que o direito não é apenas a legislação, e se assim o fosse toda mudança social advinda aquém do legislativo seria ilícita.

⁶⁵ Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

Por outro lado, é impossível tratar de família homoafetiva sem nos atermos aos estudos que envolvem o gênero e a sexualidade e que apresentam desdobramentos múltiplos e inúmeras abordagens e apresentam-se com o desígnio de entender como se formam as relações sociais, em especial a formação da família contemporânea.

Ora, observamos que a sociedade tradicional atribui papéis aos gêneros em função do sexo biológico que dispõem, e assim efetiva-se a hierarquização dos sexos, o que fortalece a discriminação de gênero. Vale salientar que a família está inserida nesse contexto. Entretanto embora a sociedade tradicional tente fortificar um binarismo de gênero operante, os sujeitos que participam dessa sociedade se colocam como questionadores desse modelo instituído. O presente trabalho justamente se propôs a questionar o modo como a sociedade tradicional compreende o conceito de família e como o poder judiciário construiu o sentido de família homoafetiva, rompendo com o conceito tradicional de família.

Além disso, a evolução do sentido de família está inserida num contexto em que os papéis desempenhados pelo homem e pela mulher também sofreram alterações. A busca pelo espaço da mulher no mercado de trabalho e pelos mesmos direitos dos homens redistribuiu as funções dos companheiros no seio das entidades familiares, dentre os quais se destacam os papéis exercidos na participação orçamentária da família, na educação dos filhos e no trabalho doméstico.

Por outro lado, é importante registrar que os grupos minoritários, sejam eles formados por mulheres, negros, LGBTs, favelados, dentre outros, vivenciam de formas particulares suas diferenças, uma vez que cada um desses marcadores sociais possui suas particularidades e denotam uma forma específica de opressão. A própria Teoria Queer é empregada como sendo uma conotação negativa e agressiva contra aqueles que rompem as normas de gênero e sexualidade. Ora, o Queer ainda hoje assusta, pois os estudos de gênero e sexualidade representam um pensamento descolonizado e descategorizado. Assim, o próprio sentido do ser humano na pós-modernidade concebe projetos políticos de dominação em que as categorias de gênero, raça e etnia representam níveis diferenciados de humanidade.

Por outro lado, as questões referentes ao gênero e as sexualidades não se exaurem neste trabalho. Tivemos a preocupação em explorar a heteronormatividade, a heterossexualidade compulsória e a LGBTfobia como formas materializadas de negação, reprimenda e controle das relações afetivas, amorosas e sexuais entre pessoas do mesmo sexo.

Ainda é importante deixar evidente a importância dos direitos sexuais sob a perspectiva dos direitos humanos, na medida em que a partir desta perspectiva são estabelecidas as bases, superando-se regulações repressivas, para que sejam concretizados os princípios da liberdade, igualdade, não-discriminação e respeito à dignidade da pessoa humana na esfera da sexualidade.

Ao analisarmos nosso *corpus* sabíamos que não seria uma tarefa das mais simples por alguns motivos. Primeiro, a proposta explora questões referentes a uma decisão que visou tratar de afastar algumas desigualdades que marcam a sociedade brasileira e que refletem diretamente no ordenamento jurídico: as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Segundo, o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, que ocupa o mais alto posto do ordenamento jurídico, tem efeitos imediatos em todo o ordenamento jurídico. E terceiro, os debates intensos sobre a desigualdade jurídica levaram o STF a questionar as mudanças ocorridas na sociedade, bem como a ausência de atuação positiva do legislativo e a própria transformação do conceito de família, que abarca não só as famílias “tradicionais”, mas aquelas que existem e não podem ficar à margem de qualquer direito garantido constitucionalmente.

Na análise dos votos percebemos que, embora haja um grande passo na construção de uma pluralidade igualitária, fraterna e solidária, algumas questões deixaram de ser observadas pelos ministros da Suprema Corte, tais como: a irradiação dos princípios constitucionais às famílias homoafetivas, *per si*, não é suficiente para garantir a igualdade entre os indivíduos de sexualidades divergentes; as sexualidades marginalizadas, que pelo simples fato de não corresponderem ao padrão social, são excluídas dos mais diversos direitos fundamentais; a LGBTfobia, fenômeno pouco explorado e bastante complexo, articulando emoções, condutas, normas e dispositivos ideológicos e institucionais que solidificam um sistema de diferenças para justificar a exclusão e a dominação sobre os sexualmente marginalizados; e, a inércia do Poder Legislativo que deveria ser considerada uma forma de violência.

Mais a mais, ao analisarmos o discurso que inseriu as famílias formadas por pares do mesmo sexo na expressão “entidades familiares”, percebemos que o STF pouco contribuiu para que seja dado o mesmo tratamento das esferas jurídicas, reduzindo sua atuação apenas no que se refere ao reconhecimento jurídico da família homoafetiva. No entanto, diversos outros setores deveriam ser explorados, tais como a repercussão no direito à saúde, direitos previdenciários, direito à educação, ao trabalho, à moradia, à justiça e à segurança, a todos, indistintamente, sem objeção de sexo e gênero. Além do que, a pluralização do conceito de família garante o direito à livre orientação sexual, assegurando-se a todos a vivência plena de suas relações afetivas, combatendo a desigualdade e a discriminação.

Compreendemos que a ausência expressa de proteção constitucional às uniões homoafetivas, por certo, é fruto de uma herança pautada por valores patriarcais, bem como a forte influência da moral cristã sobre a formação do imaginário do sentido de família, a partir do modelo heterossexual tradicional, eivado de princípios religiosos intolerantes, resultou nas práticas discriminatórias vistas até hoje.

Por outro lado, Dias (2013) defende a ideia de microssistemas jurídicos para a inclusão de segmentos alvo de vulnerabilidade social no âmbito da tutela jurídica. Ela afirma que lei temática que enfeixa princípios, normas de conteúdo material e processual, além de dispositivos de natureza civil e penal tem o viés de consagrar uma série de prerrogativas e direitos aos grupos estigmatizados. No entanto entendemos que a criação de microssistemas jurídicos para adequar as necessidades legislativas representa uma segregação de direitos, quando, sob a ótica constitucional vigente, a constituição, os tratados internacionais e as leis nacionais formam um único sistema jurídico irradiado por princípios fundamentais na defesa e efetividade dos direitos humanos.

Com efeito, a relevância deste trabalho reside na necessidade e importância de se tratar dos elementos (políticos, jurídicos e científicos) que contribuirão para a inclusão do sentido de família no Direito brasileiro, observando a influência dos debates de gênero e sexualidade na construção deste sentido de família. Ademais, ante a existência de inúmeras famílias de pessoas do mesmo sexo, a elas deve ser dado o mesmo tratamento conferido a família tradicional e não se seguir com preconceitos e desigualdades, insistindo-se em mantê-las à margem da tutela jurídica do Estado e da dignidade humana.

Por fim, este trabalho não buscou exaurir as discussões atinentes ao reconhecimento da família homoafetiva no direito brasileiro, tendo em vista ser um tema amplo e interdisciplinar, podendo haver recortes nas áreas de sociologia, antropologia, direito e ciências sociais, por exemplo. Ademais, buscamos contribuir para um carente e específico campo de pesquisa, qual seja, colaborar com a área dos Direitos Humanos.

Esperamos que o presente estudo sirva para o adensamento de outras pesquisas acadêmicas referentes ao estudo da família homoafetiva no Brasil na área dos Direitos Humanos, bem como outros estudos analisem o impacto do reconhecimento de tais arranjos familiares na sociedade brasileira e como o Estado brasileiro deve garantir a participação das famílias homoafetivas em condições de oportunidade e igualdade na vida social, política, econômica e cultural do País, além dos esforços na conscientização da sociedade sobre a

igualdade de direitos e dignidade da população LGBT, até porque não basta simplesmente a lei prever direitos, é necessário a sua efetivação.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, N. **Dicionário de filosofia**. 5.ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007.

ABREU, D. A. **Semântica da família no jogo democrático brasileiro: Uma análise da concepção de entidade familiar proposta pelo estatuto da família à luz dos direitos humanos**. Dissertação (mestrado em direitos humanos) – Universidade Federal de Goiás. Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 2016.

AGUILAR; GONÇALVES. Conhecendo a perspectiva pós-estruturalista: breve percurso de sua história e propostas. **Revista Conhecimento Online**: Novo Hamburgo. a. 9, v. 1, jan./jun. 2017.

ALBUQUERQUE, F. S. **A família eudemonista do século XXI**. Palestra VIII Congresso Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM, Belo Horizonte, 2011.

_____. O Julgamento no STF da ADI n. 4.277 e da ADPF 132 em uma perspectiva civil-constitucional. In FERRAZ, C. (Coord). **Manual de direito homoafetivo**. São Paulo: Ed. Saraiva, pp. 44-58, 2013.

ALÓS, Anselmo Peres. Gênero, epistemologia e performatividade. Florianópolis, **Revista Estudos Feministas**, v. 19, n.2, pp. 421-449, 2011.

ARC, S. **As lésbicas: mitos e verdades**. São Paulo: Edições GLS, 2009.

BARBOSA, R. **Oração aos moços**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2003.

BARROSO, L. R. Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel *et al.* **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Ed Saraiva, 1999.

BARROSO, R. F. de A. **O princípio geral de inclusão como fundamento ontológico para a união entre pessoas do mesmo sexo**: crítica ao acórdão do Supremo Tribunal Federal. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406 de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 dez. 2016.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BORILLO, D. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. 1ª Ed. Belo Horizonte: Ed. Autêntica, 2015.

BRITO, F. de A. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: LTr, 2016.

BUENO; RAGAZZI. Homoafetividade e o direito à igualdade, à liberdade, à não discriminação e o respeito a diferença. In: FERRAZ, C. (Coord). **Manual de Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUTLER, Judith. Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do sexo. 1993. In: LOURO, G. L. (Org.) **O Corpo Educado: Pedagogias da sexualidade**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

_____. Críticamente subversiva. In: JIMÉNEZ, R. M. M. **Sexualidades transgresoras**. Una antología de estudios queer. Barcelona: Icària editorial, 2002, pp. 55-81.

_____. O parentesco é sempre tido como heterossexual? **Cadernos Pagu**, 21, 2003, pp. 219-260.

_____. **Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução: Renato Aguiar – 9ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CHAVES, M. O Reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal e a Questão do Ativismo Judicial In **Constituição, Política e cidadania**. Porto Alegre: Ed. Jurídica, 2013.

COSTA, S. R. A. B. da. O Discurso constituinte e suas implicações. **Revista Travessias** – Cascavel/PR: ano 01, n. 02, 2008.

DERRIDA, J. **De la grammatologie**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1967.

DIAS, M. B. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6. ed. reformulada. São Paulo: RT, 2014.

_____. Manual de direito das famílias. 11ª Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2015.

_____. União homoafetiva: o preconceito & a justiça. 5ª Ed.rev. atual. e ampl. – São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 5: Direito de Família. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

DUARTE; FILHO. Imunidade parlamentar e a análise do discurso jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 25, pp. 353-375, 2009.

FERRAZ, C. V. **Manual de direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA, A. B. de H. **Miniaurélios século XXI escolar: o minidicionário da língua portuguesa**. 4.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GILL, R. Análise do Discurso. In: BAUER; GASKELL (Orgs.). **Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático**. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

HABER; SILVA. Casamento homoafetivo. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, Guarulhos, v.6, n.1, pp. 55-67, 2016.

HIRONAKA, G. M. F. N. **O Conceito de família e sua organização jurídica**. In Tratado de Direito das Famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo 2010**. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

LASSALLE, F. **O que é uma constituição**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

LÔBO, P. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002.

_____. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOURO, G. L. A Construção escolar das diferenças. In **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista**. Petrópolis: Ed. Vozes, 2014.

_____. Heteronormatividade e homofobia. In: JUNQUEIRA, R. D. (Org.). **Diversidade Sexual na Educação: problematizações sobre a homofobia as escolas**. Brasília: Ministério da Educação. Secretaria da Educação. Secretaria da Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009.

MADALENO, R. Os Efeitos jurídicos da homoparentalidade In: FERRAZ, C. (Coord). **Manual de direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAINGUENEAU, D. Analisando discursos constituintes. Tradução de Nelson Barros da Costa. **Revista do Gelne**: Recife: ano 2, n. 2, pp.1-12, 2000.

_____. **Análise de textos de comunicação**. Tradução de Cecília P. de Souza-e-Silva, Décio Rocha. – 6ª Ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. **Discurso e análise de discurso**. Tradução Sírio Possenti. 1. Ed. – São Paulo: Parábola Editorial, 2015.

MELLO, L. F. de. **Relacionamentos homoafetivos: diferentes, porém iguais - Fundamentos da legitimidade e racionalidade da decisão baseada em direitos fundamentais proferida pelo supremo tribunal Federal no julgamento conjunto da adpf 132/08 e da adi 4.277/09**. Dissertação (mestrado em direito) – Faculdades Integradas do Brasil. Curitiba, 2014.

MENDES, G. F. **Manual de direito homoafetivo** In FERRAZ, C. (Coord) **Manual de direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; BRANCO. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

MEYER; PETRY. Transexualidade e heteronormatividade: algumas questões para a pesquisa. Porto Alegre: **Textos & Contextos**, v. 10, n. 1, pp. 193-198, jan./jul. 2011.

MISKOLCI, R. A teoria queer e a sociologia: o Desafio de uma analítica da normalização. **Revista Sociologias**: Porto Alegre, ano 11, n. 21, jan/jun, 2009.

_____. **A teoria queer e a questão das diferenças**: por uma Analítica da Normalização In: 16º CONGRESSO DE LEITURA DO BRASIL. Campinas: UNICAMP, 2007. Anais eletrônicos 16º Congresso de Leitura do Brasil.

OLIVEIRA, C. A. de. Refletindo o afeto nas relações de família. Pode o direito impor o amor? **Famílias no direito contemporâneo**. Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: Jus Podivm, 2010.

OLIVEIRA, M. R. de H. O Direito à Liberdade de orientação sexual para além das limitações de gênero. In: FERRAZ, C. (Coord) **Manual de direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, R. M. R. “Isto é Contra a Natureza...”: Acórdãos judiciais e entrevistas com magistrados sobre conjugalidades homoeróticas em quatro estados brasileiros”. In. GROSSI; UZIEL; MELLO. **Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948.

ONU. **Nascidos livres e iguais**: Orientação sexual e identidade de gênero no regime internacional de direitos humanos. – Nova York e Genebra, 2012; Brasília, 2013.

PEREIRA, R. da C. **A Sexualidade vista pelos tribunais**. 2ª ed., rev., atual., e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. **Direito de família**: A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PESSANHA, J. F. P. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf> Acesso em: 18 nov. 2016.

PIOVESAN, F. Direitos reprodutivos como direitos humanos. In: SAMANTHA, B. (Org.) **Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris; Themis Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, 2002. v.1, pp. 61-80.

PRADO; JUNQUEIRA. **Diversidade sexual e homofobia no Brasil**. In VENTURI; BOKANY (Org). São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2011.

PRECIADO, P. B. Multidões Queer: Notas para uma política dos “anormais”. In: **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, 19 (1), pP. 11-20, janeiro-abril/2011.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2017.

RABENHORST, E. R. A dignidade do homem e dos perigos da pós-modernidade. In: **Direitos fundamentais e biotecnologia**. 2008.

RAMOS, A. de C. **Curso de direitos humanos**. 4ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.

RAMOS, C. L. S. Família constitucionalizada e pluralismo jurídico. In: **Direito de família: A família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000.

RECIFE. Secretaria de Desenvolvimento Social e Direitos Humanos. **Emocionantes histórias de vida**. Recife, Ed. EDUPE, 01, 2016.

RIBEIRO, P. S. **Família: não apenas um grupo, mas um fenômeno social**; Brasil Escola. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/sociologia/familia-nao- apenas-um-grupo-mas-um-fenomeno-social.htm>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

RIOS, R. R. **A Homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado; Esmafe, 2001.

_____. Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. In: SARMENTO, D. *et al.* **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010, pp. 619-657.

_____; OLIVEIRA. Direitos Sexuais e heterossexismo: identidades sexuais e discursos judiciais no Brasil. In: MISKOLICI; PELÚCIO (Orgs). **Discursos fora da ordem: sexualidades, saberes e direitos**. São Paulo: Annablume, 2012.

_____. **Homossexualidade e direitos sexuais**: Reflexões a partir da decisão do STF. In RIOS; GOLIN; LEIVAS (Org.). Porto Alegre: Ed. Sulina, 2011.

_____. O Princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a Homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-Americano. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.

_____. Para um direito democrático da sociedade. Porto Alegre: **Revista Horizontes Antropológicos**, ano 12, n. 26, pp. 71-100, jul/dez. 2006.

RODRIGUES; TEIXEIRA. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. IBDC, Rio de Janeiro: **Revista Brasileira de Direito Civil**, v.4, abr-jun, 2015.

SARMENTO, D. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: *et al.* **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010, pp. 619-657.

SCOTT, J. W. Experiência. In SILVA; LAGO; RAMOS (Orgs.) **Falas de gênero**. Florianópolis: Mulheres, 1999.

_____. Uma categoria útil de análise histórica. In: **Educação & Realidade**. V. 20, nº 2, jul/dez. Porto Alegre: UFRGS, 1995.

SIMÕES; FACCHINI. **Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT**. São Paulo: Fundação Perseu Abram, 2009.

STAMFORD DA SILVA, A. Sociologia da decisão jurídica: aplicação ao caso da homoafetividade. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, ABraSD, v. 01, n.01, pp. 66-85, jan./jun. 2014.

TARTUCE, F. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/12035/material/Principios%20do%20Dir%20de%20Familia.pdf>>. Acesso em 6 dez. 2017.

VENOSA, S. de S. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Ed. Atlas, 2011.

VILLELA, J. B. **Liberdade e família**. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Vol III, Série Monografias, nº 2. Belo Horizonte, 1980.

_____. Repensando o direito de família. In: PEREIRA, R. (coord.). Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. **Repensando o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

WALD, A. **O Novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2002.

WILLIAMS, J. **Pós-estruturalismo**. Tradução de Caio Liudvik, 2. Ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

WITTIG, M. **The straight mind**. In: _____. The straight mind and other essays. Boston: Beacon Press, 2002.