

RELAÇÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO

Joab Lourenço¹

Luciana Flávia Nunes Casimiro²

RESUMO

Trata-se o presente artigo científico de uma obra com cunho acadêmico que visa à promoção de um exame sociojurídico, à luz do vigente ordenamento jurídico brasileiro, sobre a existência da união estável e do casamento no segmento homossexual perante o Direito de Família. A união estável entre homem e mulher está amplamente reconhecida pela Constituição Federal de 1988 quanto pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 até chegar ao Código Civil de 2002. Apesar de todo esse avanço legislativo, nada dispôs sobre os efeitos interpessoais e legais da existência de união estável e da possibilidade do casamento (vínculo formal) entre homoafetivos, cabendo aos Tribunais Superiores (STF e STJ) a efetiva proteção legal a esses novos sujeitos de direitos e obrigações que também constituem a estrutura conceitual de entidade familiar.

Palavras-Chaves: Direito Constitucional e Civil. Homoafetividade. União estável. Possibilidade de casamento. Inexistência de lei específica. Solução dada pelo STF e STJ.

ABSTRACT

It is this article for a scientific project that aims to stamp academic socio-juridical examination by Brazilian law on the existence of a stable union and gay marriage in the segment before the family law. The stable union between a man and woman is widely recognized by the Constitution of 1988 and by Law No. 8.971/94 and 9.278/96 until you reach the 2002 Civil Code. Despite this legislative advance, nothing willing about the effects of interpersonal and legal existence of stable and the possibility of marriage among homosexual, being the Superior Courts (STF and STJ) the effective legal protection to these new subjects rights and obligations as are also the conceptual structure of a family unit.

Key Words: Constitutional and Civil Law. Homosexual union. Possibility of marriage. No specific law. Solution given by the STF and STJ.

¹ Discente do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN. E-mail: joablourenco@tjm.jus.br

² Docente do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte –FARN. E-mail: casimiroLuciana@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

A união de pessoas do mesmo sexo, nominada de união homoafetiva ou homoparental, apesar de sua grande e atual relevância jurídico-social, ainda não recebeu adequado tratamento legal pelo nosso ordenamento jurídico, levando, então, os interessados buscarem resposta junto ao Poder Judiciário a fim de serem vistos como sujeitos participantes da entidade familiar.

O interesse nesse reconhecimento fático e jurídico como entidade familiar não é em vão, pois a família cercada de toda uma legislação constitucional e infraconstitucional goza da proteção Estatal.

A Constituição Federal vigente, promulgada em 05 de outubro de 1988 (BRASIL, 2011), considerada para muitos como uma das mais modernas do mundo, ao mencionar as entidades familiares, faz referência apenas ao casamento, à união estável entre homem e mulher e a família monoparental (art. 226 § 3º), sendo omissa em relação às uniões entre pares homossexuais.

Apesar de constitucionalmente protegida a união estável entre pessoas de sexos opostos só recebeu tratamento legislativo específico com a Lei nº 8.971/94, na qual conferiu direitos alimentares e sucessórios aos companheiros, a Lei nº 9.278/96, que previa o seu reconhecimento como entidade familiar através da convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, sem impedimentos ao casamento, com objetivo de constituir uma família.

Mas, foi com a vigência do Código Civil de 2002, publicada em 10 de janeiro de 2002 (BRASIL, 2011), que houve a incorporação dos aludidos instrumentos normativos cabíveis à espécie e a efetiva consolidação da união estável, sendo incluída no Direito de Família, atestando-se o seu reconhecimento como entidade familiar entre o homem e a mulher.

Os relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo, mesmo que configurada convivência pública, contínua e duradoura e com o objetivo de constituição de família, não eram reconhecidos dentro do contexto da união estável.

Num processo de inserção, usando os métodos de integração, com ênfase na analogia e nos princípios, na doutrina e jurisprudência reconheceram como núcleo familiar a união composta por casais do mesmo sexo, conferindo direitos aos companheiros. Importante observar, que isso ocorria de forma isolada, gerando efeitos apenas para aqueles envolvidos na demanda, efeitos *inter partes*.

Porém, recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4277/DF - e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132/RJ, ambas no sentido do reconhecimento da união homoafetiva como união estável, deu ao artigo 1.723 do Código Civil, interpretação conforme a Constituição, devendo excluir dele qualquer significado que impeça o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como união estável.

Ademais, no dia 25 de outubro passado, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade do casamento entre duas mulheres que tiveram negado sua habilitação para casamento por dois cartórios no Estado do Rio Grande do Sul.

Assim, analisa-se nesse artigo científico o sistema jurídico da união homoparental e trataremos as recentes decisões proferidas pelo STF³, na qual equiparou a união estável de pessoas de sexo oposto às de mesmo sexo, e pelo STJ⁴, que possibilitou o casamento homoafetivo feminino.

2. AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Os casais homossexuais querem ter reconhecida a união entre eles como entidade familiar. Esse interesse se justifica pelo fato da família usufruir de toda uma proteção legal, como dito outrora.

Em face disso, inicia-se a explanação desse trabalho pela FAMÍLIA. Assim, enfoca-se a evolução, simplista, do seu conceito, principiando-se pelos romanos, sociedade da qual recebemos grande influência, até chegarmos à família dos dias modernos.

Em Roma, a família era:

simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política ou jurisdicional. Inicialmente, havia um patrimônio, só que pertencia à família, (...) uma unidade religiosa, pois tinha uma religião própria, a religião doméstica dos antepassados falecidos. (...) O *pater familias* administrava a justiça dentro dos limites da casa. (...) uma unidade política, constituindo-se o Senado pela reunião dos chefes de famílias. (WALD; FONSECA, 2009).

³ ADPF 132/RJ E ADIN 4277/DF, STF, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado por unanimidade em 05/05/11 e publicação no DJe em 14/10/2011, pág. 341 – www.stf.jus.br.

⁴ REsp 1183378/RS, STJ, Quarta Turma, Relator. Min. Luis Felipe Salomão, julgado por unanimidade em 25/10/2011.– www.stj.jus.br

Para Santo Tomás de Aquino, citado por WALD e FONSECA, era definida como *um grupo de pessoas que se entreejam diariamente, fazendo face, unidas, às necessidades correntes da vida, comendo à mesma mesa e aquecendo-se à mesma lareira* (WALD; FONSECA, 2009).

Assim, o antigo conceito de família tinha como finalidade a *função econômica-política-religiosa-procracional*, como bem colocado pelo Professor Doutor LOBO:

Sempre se atribuiu à família, ao longo da história, funções variadas, de acordo com a evolução que sofreu, a saber, religiosa, política, econômica e procracional. Sua estrutura era patriarcal, legitimando o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher, poder marital, e sobre os filhos, pátrio poder. As funções religiosa e política praticamente não deixaram traços na família atual, mantendo apenas interesse histórico, na medida em que a rígida estrutura hierárquica era substituída pela coordenação e comunhão de interesses e de vida. (LOBO, 2010)

Porém, a família passa por uma verdadeira reformulação, advindas, em sua origem, das revoluções burguesas. Mais recentemente, com as conquistas femininas no mercado de trabalho, o avanço da tecnologia, em especial a genética e os métodos contraceptivos fizeram com que as mulheres, verdadeiras protagonistas dessas mudanças, obtivessem uma posição ativa na estrutura familiar, contribuindo para a formação de uma família moderna.

A família patriarcal - centrada no poder paterno, matrimonializada – constituída pelo casamento, hierarquizada – todos os membros deviam obediência ao patriarca, passa a ter novos contornos.

Apesar das mudanças ocorridas nas décadas anteriores, é no pós 1988 que essas mudanças se acentuaram. Com a Carta Magna, em função da quebra de paradigmas, da chamada constitucionalização dos direitos - com a elevação dos princípios do direito -, da evolução dos direitos humanos, com enfoque na dignidade humana, na igualdade entre as pessoas (isonomia) e no sentimento de fraternidade, traduzido pelo princípio da solidariedade -, bem como do rompimento de antigos moldes preconcebidos à família, deixou de ser apenas aquela matrimonializada pelo vínculo jurídico (casamento civil), passando a ser aberta, formada pelo elemento do afeto (*affectio familiae*).

A família passou a ser um ambiente à realização de desejos coletivos, não uma instituição fria, servindo aos propósitos do seu chefe, associada manutenção do patrimônio acumulado com o tempo. A família não precisa de formalidades para ser constituída, bastando apenas a vontade, o afeto e o sonhar coletivo, plural.

A Constituição Federal de 1988, através dos constituintes originários, pautando-se nos novos elementos formadores da família moderna e, diante da importância desta para a sociedade, declara nos termos do seu artigo 226, *caput*, que *a família é a base da sociedade, devendo ter especial proteção do Estado* (BRASIL, 2011).

Sob essa nova ótica constitucional ou neoconstitucional, como a doutrina coloca, ainda, a Carta Magna vigente, definiu entidades familiares como aquelas constituídas pelo **casamento civil**, pela **união estável** e as formadas por **qualquer dos pais e seus descendentes**, sendo todas merecedoras da tutela constitucional, segundo o supracitado artigo.

O artigo 226 da CF nos traz esses conceitos, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - **O casamento é civil** e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a **união estável entre homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar **a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes**. (Grifei).

Dessa forma, ampliaram-se as famílias legítimas, pois todos esses arranjos constitucionalmente consagrados passaram a gozar de proteção legal, sendo, portanto, entidades familiares também legítimas. O casamento deixou de ser, por excelência, o meio de formação de família.

Apesar dessas novas formas de núcleos familiares, nas quais se incluiu a união estável, nominada de antigo concubinato, a doutrina moderna, em opinião majoritária, vem afirmando que o rol do referido artigo 226 não seria um rol taxativo (*numerus clausus*), mas sim exemplificativo, comportando, portanto, outros arranjos familiares.

Para ilustrar essa tendência, os doutrinadores e professores Flávio Tartuce e José Fernando Simão, citando Maria Berenice Dias, mencionam algumas formas de entidades familiares relacionadas pela eminente doutrinadora gaúcha, quais sejam: **matrimoniais**, aquelas que decorrem do casamento; **informais**, decorrentes da união estável; **homoafetivas**, que decorrem da união entre pessoas do mesmo sexo; **anaparentais**, são aquela sem qualquer dos pais; **eudomonistas**, que são as que buscam a felicidade individual; **mosaicos ou pluriparentais**, que são aquelas decorrentes de vários casamentos, uniões estáveis ou mesmo simples relacionamentos (TARTUCE; SIMÃO, 2010)

Os mesmos autores afirmam que essa tendência de não enquadrar a família numa moldura rígida é confirmada pelo STJ, ao reconhecer que o imóvel em que residem duas irmãs é bem de família. Comentam os referidos autores: *O julgado mencionado reconhece como entidade familiar algo que não se enquadra em qualquer conceito do art. 226, da CF/1988, o que denota que o rol desse dispositivo não é fechado* (TARTUCE; SIMÃO, 2010).

Por oportuno relatar, que a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006 (BRASIL, 2006), a denominada Lei Maria da Penha, nos trouxe nova definição de família, ampliando assim o conceito de família. Em seu artigo 5º, inciso II, e parágrafo único, define família *como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; independentemente de **orientação sexual***. (Grifo nosso)

Ademais, a chamada Nova Lei da Adoção, a Lei 12.010/2009, de 03 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009), é exemplo dessa tendência de ampliar o conceito de família. Ela nos trouxe um conceito extenso ou ampliado, ao dispor em seu art. 25, parágrafo único: *Entende-se por **família extensa ou ampliada** aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade*.

Por fim, esclarecemos que nossa atenção, em virtude do tema em análise, se restringirá a análise das entidades familiares constituídas através do casamento e através das uniões estáveis *lato sensu*.

2.1 Família Constituída pelo Casamento

Por um longo período da humanidade, o Direito esteve mergulhado na religião. A ruptura ou a sua laicização começa a ocorrer no século XVII, através do filósofo Hugo Grócio.

Segundo Paulo Nader:

A laicização do Direito recebeu um grande impulso no séc. XVII, através de Hugo Grócio, que pretendeu desvincular de Deus a idéia do Direito Natural. A síntese de seu pensamento está expressa na frase: “O Direito Natural existiria, mesmo que Deus não existisse ou, existindo, não cuidasse dos assuntos humanos.” O movimento de separação entre o Direito e a Religião

cresceu ao longo do séc. XVIII, especialmente na França, nos anos que antecederam a Revolução Francesa. Vários institutos jurídicos de desvincularam da Religião, como a assistência pública, o ensino, o estado civil. Modernamente, os povos adiantados separaram o Estado da Igreja, ficando, cada qual, com o seu ordenamento próprio. Alguns sistemas jurídicos, contudo, continuam a ser regidos por livros religiosos, notadamente no mundo muçulmano. Em 1979, o Irã restabeleceu a vigência do Alcorão, o livro da seita islâmica, para disciplinar a vida do seu povo (v. § 120). (NADER, 2007).

Por esse fato da forte inter-relação do direito com a religião, os conceitos dado ao casamento sempre demonstraram esse elo. Vários foram os conceitos atribuídos ao casamento ao longo dos tempos. Ademais, como nossas origens jurídicas estão atreladas ao Direito Romano, não é possível tratar do instituto do casamento sem se reportar aos clássicos conceitos advindos do Direito Romano e do Direito Canônico.

Das definições dadas à época romana ao casamento, duas merecem a nossa atenção. O Dr. Álvaro Villaça Azevedo, cita as definições de Modestino e do Imperador Justiniano, em sua obra Estatuto da Família de Fato:

Realmente, **no conceito de Modestino**, percebem-se com nitidez esses elementos, quando assenta que **“as núpcias são a união do marido e da mulher e o consórcio para toda a vida, a comunicação do direito divino e do humano”** (*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*). Também, na mencionada conceituação das *Institutas*, **“as núpcias, ou matrimônio, são a união de varão e da mulher, indicando uma comunhão indivisível de vida”** (*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum vitae consuetudinem continens*). (Grifei) (AZEVEDO, 2011).

Para o Direito Canônico, a instituição do matrimônio era um sacramento entre um homem e uma mulher, por ato de vontade irrevogável, com objetivo de procriação.

Sobre o casamento no Direito Canônico escreveu, ainda, AZEVEDO:

Com o advento do atual Código de Direito Canônico, o matrimônio, como ato de vontade, gerado pelo “consentimento legitimamente manifestado entre pessoas juridicamente hábeis”, pelo qual os cônjuges, “por aliança irrevogável, se entregam e se recebem mutuamente”, foi tratado nos cânones 1.057 e 1.055, § 1º. No tocante à relação dos cônjuges, continuou o texto canônico, agora, no cânone 1.096, § 1º, desse atual Código, a assentar que, para existir esse consentimento, é preciso que os contraentes não ignorem, pelo menos, que “o matrimônio é um consórcio permanente entre homem e mulher, ordenado à procriação da prole por meio de alguma cooperação sexual”. (AZEVEDO, 2011)

No Brasil, o casamento era regido pelo Direito Canônico seguindo a origem dos nossos colonizadores portugueses. Porém, com o crescimento do protestantismo e com o processo de laicização do Estado, houve relativização do casamento, possibilitando-se a sua prova por qualquer instrumento público ou por testemunhas, inclusive, pela sua presunção, se os cônjuges vivessem na mesma casa, de forma pública, como se casados fossem.

O casamento civil tornou-se obrigatório a partir do Decreto nº 181 de 1890, sendo confirmado pela Constituição da República de 1891, afastando-se, portanto, qualquer outra forma ou presunção daquela instituição.

São vários os conceitos de casamento dado pela doutrina ao longo do tempo. Clóvis Beviláqua, citado por Caio Pereira, assim definiu:

o casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer. (PEREIRA, 2001).

Observe que, para a definição dada o casamento, é união indissolúvel, portanto, permanente. Além disso, tem como objetivo legitimar as relações sexuais entre os consortes, homem e mulher visando à reprodução.

Já César Fiuza definiu o casamento como *a união estável e formal entre homem e mulher, com o objetivo de satisfazer-se e amparar-se mutuamente, constituindo família*. Traz em seu conceito o traço da formalidade, da legalidade, característica vinda da codificação, pós Revolução Francesa, em que buscava maior segurança jurídica. (FIUZA, 2001)

Para Cristiano Vieira Sobral Pinto, autor mais moderno, o casamento *é a união de pessoas, sendo necessária a diversidade de sexos, composto de afeto, respeito e solidariedade*, seguindo, portanto, a tendência atual. (PINTO, 2010)

Para a doutrina majoritária, é ato complexo explicado pela teoria mista ou eclética, sendo ao mesmo tempo instituição e contrato. Sendo um contrato especial de Direito de Família, pois decorre exclusivamente da vontade dos consortes, e por outro lado uma instituição social regida por regras impostas pelo Estado.

Pelo fato de ser uma instituição social, o casamento muda com o tempo e o povo, sofrendo mudanças para se adaptar a época, local e a dinâmica da sociedade.

É exatamente isso que fica perceptível se analisarmos o casamento no nosso sistema jurídico no período compreendido entre o Código Civil de 1916 e o atual Código de 2002. O casamento era indissolúvel no Código de 1916, característica relativizada com a possibilidade da separação e alterada com a possibilidade do divórcio.

Apenas a título de demonstrar a mutabilidade do casamento, recentemente, a Emenda Constitucional nº 66⁵, de 13 de julho de 2010, promoveu a alteração do artigo 226, § 6º da CF, possibilitando a sua dissolução sem a necessidade de tempo mínimo de separação, seja judicial ou de fato, o que ensejou para a maioria dos doutrinadores, a extinção desse último instituto jurídico.

Por fim, o casamento não deve ter conceituação imutável, pois como qualquer outro fenômeno social, sofre evolução pela própria natural e saudável evolução da sociedade.

2.2 Família Constituída pela União Estável

O Código Civil Brasileiro de 1916 praticamente ignorou as então chamadas uniões ilegítimas, fazendo raras menções ao concubinato. Esse fato revelava a intenção do legislador daquele momento, em proteger as chamadas famílias legítimas, em razão da origem católica e da influência que esta exercia perante a sociedade daquela época, desprestigiando, por sua vez, as uniões livres.

O casamento, apesar de ter perdido espaço, continuava sendo a forma de constituição da família por excelência, gozando de maior proteção estatal, sendo as uniões estáveis entidades familiares de segunda categoria conhecidas por concubinato, palavra de sentido um tanto pejorativa e normalmente associada a contextos de traições e separações.

A Constituição⁶ em vigor corrigiu esse equívoco legislativo, reconhecendo a união estável entre o homem e a mulher como núcleo familiar, e mais, possibilitando a sua conversão em casamento.

No entanto, sem regulamentação legal específica, as uniões estáveis continuaram sendo desprestigiadas, sendo reconhecidas apenas como sociedade de fato - visão patrimonialista - tratadas pelas Varas Cíveis não Especializadas.

⁵ A Emenda Constitucional nº 66 conferiu nova redação ao § 6º do art. 266 da Constituição Federal, que trata sobre o divórcio, acabando o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou comprovada separação de fato por mais de dois anos,

⁶ Vide Art. 266, § 3º da CF.

O primeiro disciplinamento específico sobre a união estável somente veio após seis anos da promulgação da nossa Carta Magna, com a edição da Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, no qual conferiu direitos alimentares e sucessórios ao companheiro ou companheira, exigindo-se como requisitos para o seu reconhecimento um prazo de coabitação de cinco anos ou existência de filho comum, nos termos do seu artigo 1º⁷. Exigia-se, ainda, que os conviventes fossem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, tal seja, ausência de impedimentos ao casamento.

Pouco tempo depois, foi promulgada a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996 que previa o reconhecimento da união estável como entidade familiar condicionando à convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, com objetivo de constituir uma família. Dispensando, portanto, o lapso temporal, requisito temporal para alguns, que era de cinco anos, bem assim a existência de prole comum⁸.

Consolidada no Código Civil de 2002, a união estável foi incluída no Livro de Família e incorporou as citadas leis em cinco artigos, dos artigos 1.723 ao 1.727, que traduziu os seus princípios básicos além de ter introduzido disposições esparsas em outros capítulos do mesmo ordenamento jurídico material, como nos casos de alimentos – art. 1.694 e sucessão - no art.1.790.

Abaixo se transcreve os artigos do Código Civil de 2002, citados acima:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

⁷ Art. 1º - A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

⁸ Art. 1º da Lei 9.278/96 - É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

Acerca das uniões estáveis, comenta, ainda, TARTUCE e SIMÃO:

Por certo é que hoje, a união estável assume papel relevante como entidade familiar na sociedade brasileira, eis que muitas pessoas, principalmente das últimas gerações, têm preferido essa forma de união em detrimento do casamento. (TARTUCE; SIMÃO, 2010)

Superada está a ausência legislativa da união estável, estando reconhecida como família nos termos da Constituição e passando a gozar de toda proteção estatal. A legislação infraconstitucional, no caso o Código Civil de 2002, conseguiu traduzir, pelo menos em sua grande parte, essa vontade dos constituintes de 1988.

Apesar de todo esse avanço legal do concubinato, ou sociedade ou união de fato - termos associados à união estável até certa época -, nada ocorreu quanto os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, fato social de grande relevância na atualidade, objeto do próximo capítulo desse trabalho.

UNIÃO HOMOAFETIVA

Breves considerações

Feitas as considerações necessárias, passaremos ao tema propriamente dito que é a união homoafetiva.

Se observarmos a história da humanidade percebe-se que a homossexualidade é tão antiga como a heterossexualidade, estando, presente desde as origens humanas.

Segundo Vecchiatti:

Ela sempre existiu, sendo a única variação o tratamento dispensado pelas diferentes culturas. No início dos tempos, o comportamento homoafetivo não

era tido como ‘estranho’ ou ‘anormal’, justamente por ser considerado tão normal quanto o heteroafetivo. (VECCHIATTI, 2011)

No mundo antigo, ela estava associada à iniciação sexual do jovem, que por meio da exclusão do contato dele com a mãe e outras mulheres em geral, alcançaria a masculinidade.

Na Grécia, estava associada com a passagem de conhecimento:

Contudo, a peculiaridade grega encontra-se no fato de ter ganhado ênfase o conceito de transmissão de conhecimento oriundo do ato sexual de um homem mais velho com outro mais novo, além de ter sido consagrada em sua célebre mitologia (no que foi seguida, posteriormente, pelos romanos, na mitologia grego-romana), na qual diversos deuses a praticavam. (VECCHIATTI, 2011)

Atenas e Esparta, cidades gregas de notória importância na época, tinham peculiaridade quanto à prática homossexual:

Assim, era comum na cidade-estado de Atenas, notória pelo seu alto grau de desenvolvimento cultural, que os efebos (adolescentes-aprendizes) prestassem favores sexuais aos preceptores (tutores) em busca de sabedoria e conhecimento.

Já na cidade-estado de Esparta (...). Era ela estimulada dentro do exército espartano, para torná-lo ainda mais eficiente. (...) quando este ia para a guerra, o soldado estaria lutando não apenas por sua cidade-estado, mas igualmente para proteger a vida do seu amado (...). (VECCHIATTI, 2011)

De toda forma, importante ser observado que nesse período o modelo era o bissexual, desprezando-se o comportamento de homem adulto que permanecesse como passivo na relação sexual, acentuando-se esse desprezo, principalmente, após a conquista da Grécia pelo Império Romano com a formação da cultura helênica.

Na idade média, com a soberania religiosa ocidental da Igreja Católica Romana, o ato sexual era realizado como objetivo à procriação dentro do casamento, considerando-o um sacramento, repudiando-se qualquer ato sexual praticado fora do casamento, principalmente os praticados por pessoas do mesmo sexo. É o surgimento do Estado homofóbico.

No século XIX, já após as revoluções filosóficas e políticas - digo Iluminismo e Revolução Francesa - com a valorização da razão se buscou explicar o comportamento homossexual, imputando-se o rótulo de uma patologia, uma doença.

O grande marco do século XX rumo ao reconhecimento das relações homossexuais, foi o famoso *Relatório Kinsey*, de 1945, que estudou o comportamento sexual do homem, classificando-o em homo, hétero ou bissexual.

Nas palavras do Advogado e Doutrinador Paulo Roberto Iotti VECCHIATTI:

O *Relatório Kinsey* foi importantíssimo na medida em que foi o primeiro estudo científico que não se deixou influenciar por preconceitos: para aquilo que se destinou, que era saber que tipos de atos sexuais realizavam as pessoas (o que é diverso de um estudo sobre a sexualidade humana, que seria mais abrangente), o *Relatório Kinsey* **ajudou a mostrar ao mundo que a homossexualidade efetivamente existe**. (VECCHIATTI, 2011)

Não poderíamos deixar de comentar, que em 1973, a Associação Americana de Psiquiatria afirmou que a homossexualidade não é uma perturbação mental. Já em 1993, a Organização Mundial de Saúde excluiu a homossexualidade da sua Classificação Internacional de Doenças (CID 10/1993). Bem como, que no Brasil, o Conselho Federal de Psicologia afirmou não se ela uma doença, um desvio psicológico nem uma perversão (Resolução 01/1999). (VECCHIATTI, 2011)

HOMOAFETIVIDADE

Tratamento Jurídico

Começaremos esse capítulo que, tratará dos avanços jurídicos no caminho da legalização das uniões homoafetivas.

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti em seu Manual da Homoafetividade, tratando, não diretamente sobre o referido tema, mas sobre a importância da família na história da Humanidade, afirma: *Desde os primórdios da humanidade tem-se a noção mais ou menos clara de que a felicidade verdadeira e genuína só pode ser alcançada mediante a vida a dois. (...) Certa ou errada essa concepção, é no que acredita a maior parte da população*. E sob esse prisma, que pessoas do mesmo sexo ou de sexos opostos convivem de forma contínua, duradoura, com intuito de constituir uma família, tentando encontrar essa tal felicidade, apoiando-se, ajudando-se. (VECCHIATTI, 2011)

Portanto, a busca por essa tal felicidade não tem e não deve ter regras definidas, pré-prontas, moldes ou modelos. Para alguns, casar e ter filhos, seria o caminho para a felicidade, para outros não. Estaria ela nas realizações pessoais, nos ganhos materiais, nos prazeres

sexuais. Fato é que a afirmação de VECCHIATTI, para muitos, é verdadeira, a felicidade genuína só é encontrada a dois.

As uniões homoparentais é um fato social atual. É crescente o número de pessoas vivendo em comunhão com pares do mesmo sexo, buscando a sua felicidade. Muitas dessas pessoas batem a porta do Poder Judiciário em busca de seus direitos, da resposta as suas demandas. A ausência de legislação para tratar do tema não é resposta para o Judiciário alegar falta de norma para se omitir de julgar, sobretudo por ser responsável pelo apaziguamento dos conflitos da sociedade, instituição dinâmica.

Nesse contexto, surge todo um debate sobre a possibilidade do reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo, as chamadas uniões homoafetivas, expressão da autoria da doutrinadora e desembargadora aposentada do TJ/RS, Maria Berenice Dias.

União homoafetiva, de forma de bem direta, é a relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, seguindo todos os requisitos da união estável, não se enquadrando nesse contexto o namoro, a eventualidade de encontros clandestinos, furtivos, por ser um dos parceiros casado ou impedido, nos termos do artigo 1.521, do Código Civil⁹.

Assim sendo, para se configurar uma união homoparental é necessária que seja contínua, duradoura e pública, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem impedimentos legais, requisitos iguais aos exigidos para se configurar uma união estável entre pessoas de sexos opostos.

Seguindo caminho semelhante ao percorrido pela outro tipo de união estável, a união homoafetiva passou também pela aplicação da Súmula 380¹⁰ do STF, sendo tratada como uma sociedade de fato, na qual o parceiro tem direito a parte dos bens adquiridos através do esforço comum. Destarte, as ações para ter o reconhecimento dessas sociedades de fato tramitavam perante as Varas Cíveis, envolvendo o Direito das Obrigações ao invés do Direito de Família.

No segundo momento, há também semelhança do ocorrido com as uniões estáveis entre homem e mulher, passando-se admitir nas Varas de Família como competentes para

⁹ Art. 1.521: Não podem casar:

I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II – os afins em linha reta;

III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V – o adotado com o filho do adotante;

VI – as pessoas casadas;

VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte;

¹⁰ SÚMULA 308, DO STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

julgarem as ações que visavam reconhecer/dissolver as uniões homoafetivas. Deixou-se, portanto, de interpretar literalmente os textos legais que tratavam da expressão *homem e a mulher*, prevista no artigo 226, § 3º, da CF.

Faltava pouco para que a homoafetividade fosse reconhecida como parte integrante da estrutura da entidade familiar e pudesse gozar de toda proteção legal que lhe é dada.

Vários foram os julgados reconhecendo a possibilidade jurídica do pedido, em especial, dos Tribunais mineiros e gaúchos. Poderíamos elencar vários desses julgados, mas, pela importância cita-se uma decisão proferida pelo STJ em 2008, relatada pelo Ministro aposentado Antônio de Pádua Ribeiro.

Vejamos a ementa do Acórdão:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dêis que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 820475/RJ, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 02.09.2008, DJe 06/10/2008).

O julgado acima traduziu toda a polêmica que envolvia a união homoafetiva. O Ministro Salomão utilizou-se da analogia como modo de integração da norma, para

reconhecer o relacionamento homoparental como união estável, diante da lacuna de norma específica sobre o tema e, pelo fato do julgador não poder se omitir em julgar, como mencionado outrora.

A união entre pessoas do mesmo sexo é hoje reconhecida como uma união estável, gozando dessa forma, de *status* de núcleo familiar, estando completamente pacificada perante o Supremo Tribunal Federal.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 4277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF nº 132, reconheceram como união estável a união existente entre pessoas do mesmo sexo. Votou o relator, o Ministro Ayres Brito, que foi seguido por todos os seus pares, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal, para excluir qualquer significado ao artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar¹¹.

Vejamos a ementa da decisão, transcrita na sua íntegra em razão dos detalhes contidos:

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAfetiva E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição

¹¹ ADI 4277/DF, STF, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado por unanimidade em 05/05/11 e publicação no DJe em 14/10/2011, pág. 341 – www.stf.jus.br.

Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da

Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Ao final do seu relatório, o Ministro Ayres Brito, relator, assim votou:

“[...] Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”.

O pleno do STF julgou procedente os pedidos contidos nas ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, autorizando, inclusive, os ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão. Assim, a matéria está pacificada pelo Judiciário brasileiro.

Dessa forma, a decisão reconheceu que a diversidade de sexos não é mais requisito para reconhecer a união estável, que pode acontecer entre duas pessoas do mesmo sexo. Porém, é imprescindível que haja convivência duradoura, pública e contínua, estabelecida com o objetivo de constituição de família (requisitos da união estável *lato sensu*).

Assim, estando presentes os requisitos acima relacionados, a união homoafetiva é considerada dentro do conceito de família, da mesma forma que a heteroafetiva, gozando de todos os benefícios já alcançados pela união estável.

Portanto, reconhecida a união estável homoafetiva, ou simplesmente, união estável, já que, nos termos da decisão acima, não existe diferença entre união homoafetiva ou heteroafetiva, os companheiros da relação devem obedecer aos direitos e deveres recíprocos contidos no art. 1.724 do Código Civil: *as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos*.

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves, a proteção jurídica conferida à união estável abrangerá um complexo de direitos de ordem pessoal e de natureza patrimonial. Prosseguindo em sua lição comenta: *Destacam-se, no entanto, como direitos fundamentais dos companheiros, no plano material, os concernentes a alimentos, meação e herança*. (GONÇALVES, 2009).

CASAMENTO HOMOAFETIVO

Ultrapassada a questão do próprio reconhecimento da união homoafetiva, isto é, do seu enquadramento como entidade familiar, nos mesmos termos da união estável heteroafetiva, passa-se à investigação jurídica de possibilidade de sua conversão em casamento.

A polêmica ocorre pelo fato do artigo 1.726 do Código Civil possibilitar a conversão da união estável homoparental em casamento: *A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil*.

Portanto, uma vez que é possível o reconhecimento de união estável por pares homossexuais e, por outro lado, sendo possível convertê-la em casamento, se deduz a possibilidade de existência de UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA em casamento.

Lênio Streck, em recente artigo comentando a decisão do STF que reconheceu como entidade familiar a união homoafetiva, se posiciona favorável a possibilidade da sua conversão em casamento. Vejamos trecho de seu artigo:

De toda sorte, como já dissemos anteriormente, não se pretende discutir erros ou acertos do que decidiu o STF, mas, uma vez reconhecido que a união estável também se aplica a casais de sexo idêntico, não seria lógico impor restrições aos direitos provenientes do instituto. Logo, perfeitamente possível a aplicação do art. 1726 do CC, podendo os conviventes, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz para posterior assento no Registro Civil da Circunscrição de seus domicílios, até porque a Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos de Constitucionalismo Contemporâneo é a manifestação do grau de autonomia do direito e a partir da hermenêutica filosófica, é perfeitamente possível alcançar uma resposta constitucionalmente adequada – a partir do exame de cada caso. Numa palavra final: na democracia, podemos discordar das decisões dos Tribunais. Mesmo quando o equívoco advém do Tribunal Maior, a função da doutrina é o de elaborar um discurso crítico, criando, até mesmo, sendo o caso, “constrangimentos epistemológicos”. Entretanto, **o que não se pode fazer é deixar de cumprir a decisão.** (grifos nossos). (STRECK, 2011)

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti é outro autor que demonstrou sua posição favorável a possibilidade da conversão da união homoafetiva. Em seu artigo “Possibilidade de Conversão de União Estável Homoafetiva em Casamento Civil”, assim se posicionou (parte final do artigo):

Portanto, considerando que o direito ao casamento civil por casais homoafetivos é uma decorrência da aplicação direta dos princípios constitucionais da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da liberdade real, tem-se que é obrigação dos Cartórios de Registro Civil permitirem a casais homoafetivos consagrarem suas uniões homoafetivas pelo casamento civil, em especial quando já tenham uma união estável reconhecida, tanto pelo fato de a Constituição determinar a obrigatoriedade da permissão da conversão da união estável em casamento civil (argumento formal), quanto pelo fato de o casamento civil visar regulamentar a família conjugal, existente tanto na união homoafetiva quanto na união heteroafetiva preencham os requisitos da união estável (união pública, contínua e duradoura, com o intuito de constituir família, o que se dá quando haja comunhão plena de vida e interesses, pautada na lealdade, fidelidade e mútua assistência) – argumento material. (VECCHIATTI, 2011).

Porém, o Superior Tribunal de Justiça, STJ, em recentíssima decisão (25/10/2011), pela relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, reconheceu a possibilidade do casamento entre duas mulheres, corroborando o posicionamento acima, e mais, sem a necessidade de prévia união estável.

Por ser uma decisão de grande repercussão e foco do presente trabalho, passaremos a sua análise, com certos detalhes.

O Recurso Especial, – REsp nº 1183378/RS¹² contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi interposto por duas mulheres residentes nesse mesmo Estado, que já vivem em união estável e tiveram o pedido de habilitação para o casamento negado em primeira e segunda instâncias.

As mesmas requereram habilitação para casamento junto a dois Cartórios de Registros Cíveis de Porto Alegre-RS, sendo os seus pedidos negados.

Posteriormente, ajuizaram pleito de habilitação para casamento perante a Vara de Registros Públicos e de Ações Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre/RS, afirmando inexistir óbice no ordenamento jurídico ao casamento de pessoas do mesmo sexo¹³.

A sentença julgou improcedente o pedido de habilitação, por entender que o casamento só é possível entre homem e mulher.

Em grau de apelação, a sentença foi mantida por acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. CASAMENTO HOMOSSEXUAL. HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ENTIDADE FAMILIAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 1.514, 1.517, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL QUE TIPIFICAM A REALIZAÇÃO DO CASAMENTO SOMENTE ENTRE HOMEM E MULHER.

Ao contrário da legislação de alguns países, como é o caso, por exemplo, da Bélgica, Holanda e da Espanha, e atualmente o estado de Massachussetts, nos USA, que prevêm o casamento homossexual, o direito brasileiro não prevê o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Na hipótese, a interpretação judicial ou a discricionabilidade do Juiz, seja por que ângulo se queira ver, não tem o alcance de criar direito material, sob pena de invasão da esfera de competência do Poder Legislativo e violação do princípio republicano de separação (harmônica) dos poderes. Ainda que desejável o reconhecimento jurídico dos efeitos civis de uniões de pessoas do mesmo sexo, não passa, a hipótese, pelo casamento, instituto, aliás, que já da mais remota antiguidade tem raízes não somente na regulação do patrimônio, mas também na legitimidade da prole resultante da união sexual entre homem e a

¹² Fonte: www.stj.jus.br

¹³ Processo nº 0882911-62.2009.8.21.0001. Fonte: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>

mulher. Da mesma forma, não há falar em lacuna legal ou mesmo de direito, sob a afirmação de que o que não é proibido é permitido, porquanto o casamento homossexual não encontra identificação no plano da existência, isto é, não constitui suporte fático da norma, não tendo a discricionariedade do Juiz a extensão preconizada de inserir elemento substancial na base fática da norma jurídica, ou, quando não mais, porque o enunciado acima não cria direito positivo. Tampouco sob inspiração da constitucionalização do direito civil mostra-se possível ao Juiz fundamentar questão de tão profundo corte, sem que estejam claramente definidos os limites do poder jurisdicional. Em se tratando de discussão que tem centro a existência de lacuna da lei ou de direito, indesejável a abordagem das fontes do direito e até onde o Juiz pode com elas trabalhar. Ainda no que tange ao patrimônio, o direito brasileiro oferta às pessoas do mesmo sexo, que vivam em comunhão de afeto e patrimônio, instrumentos jurídicos válidos e eficazes para regular, segundo seus interesses, os efeitos materiais dessa relação, seja pela via contratual ou, no campo sucessório, a via testamentária. A modernidade no direito não está em vê-lo somente sob o ângulo sociológico, mas também normativo, axiológico e histórico. APELAÇÃO DESPROVIDA.

No Recurso Especial acima indicado, dirigido ao STJ, continuando sustentando as requerentes não existir impedimento no ordenamento jurídico para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Afirmaram, também, que deveria ser aplicada ao caso a regra de Direito Privado segundo a qual é permitido o que não é expressamente proibido.

O referido recurso foi concluso ao relator em 16/03/2010 e após tramitação, incluído na pauta de julgamento da Quarta Turma do STJ, para o dia 20/10/2011.

É o relatório a ser apresentado.

Destacam-se os trechos do voto do relator, ministro Luis Felipe Salomão, o qual foi seguido pela maioria da Turma.

2. É por todos conhecido o traço do individualismo voluntarista que marcou os diplomas civis do mundo no início do século XIX, dos quais se destaca, de forma eloquente, o Código Napoleão (1804), modelo que foi incorporado em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro (Código Civil de 1916).

(...)

A progressiva superação desse modelo rendeu ensejo a que se inserissem, no plano jurídico do direito privado, princípios limitadores do individualismo e da voluntariedade, surgindo as chamadas normas de ordem pública - em espaços antes privados por excelência, como a família, a propriedade, o contrato e o trabalho.

(...)

Em síntese, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

3. A segunda observação introdutória diz respeito ao papel do juiz moderno, ao apreciar demandas que envolvam princípios e conceitos fundamentais para o Estado Democrático de Direito. Com efeito, a concepção de

casamento como instituição religiosa ou sacramento, assim também os contornos morais e éticos, do ponto de vista filosófico ou antropológico, evidentemente, não serão objetos de exame no caso em julgamento.

Noutro trecho, transcreve a matéria controvertida e passa a analisar a expressão homem e mulher nos textos legais:

(...)4. Nesse contexto, a controvérsia instalada nos autos consiste em saber se é possível o pedido de habilitação para o casamento de pessoas do mesmo sexo, tendo as recorrentes recebido respostas negativas, tanto na esfera cartorária, quanto nas instâncias judiciais - sentença e acórdão de apelação.

(...)

4.1. Ressalto que os óbices relativos às expressões "homem" e "mulher", utilizadas pelo Código Civil de 2002, art. 1.723, e pela Constituição Federal, art. 226, § 3º, foram afastados por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal para permitir a caracterização de união estável entre pessoas do mesmo sexo, denominada "união homoafetiva".

(...)

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723, do Código Civil de 2002, interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", "entendida esta como sinônimo perfeito de 'família'". A Suprema Corte asseverou que: "... este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva" (voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto).

Portanto, o próprio STF, no julgamento da ADPF n. 132, sinalizou que o entendimento então adotado poderia mesmo ser utilizado para além da união estável homoafetiva, como se denota expressamente de trecho do voto do eminente Relator:

[...] que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que **o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos "homem" e "mulher".** (sem grifo no original)

Em seguida, o relator contextualiza as transformações experimentadas pelo direito e pela própria família:

4.2. A questão que ora se enfrenta é saber se o mesmo raciocínio pode ser aplicado no caso dos autos, em que se pleiteia a habilitação para casamento de pessoas do mesmo sexo. A resposta, a meu juízo, passa, necessariamente, pelo exame das transformações históricas experimentadas pelo direito de família e pela própria família reconhecida pelo direito, devendo-se ter

também em mente a polissemia da palavra "casamento", o qual pode ser considerado, a um só tempo, uma *instituição social*, uma *instituição natural*, uma *instituição jurídica* e uma *instituição religiosa*, ou sacramento, ou, ainda, tomando-se em metonímia a parte pelo todo, o casamento significando simplesmente "família".

(...)

Os diplomas pretéritos revelaram, de forma enfática, que o foco de proteção estatal era o próprio casamento em si, abstraindo-se por completo as pessoas integrantes desse núcleo (salvo a figura do marido), individualmente consideradas, tudo isso em detrimento de valores que posteriormente foram reconhecidos como os mais caros à pessoa humana, como a dignidade e igualdade de tratamento perante a lei.

(...)

Inaugura-se em 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito **poliformismo familiar** em que **arranjos multifacetados** são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado"

(...)

Por isso que, em seus parágrafos, o art. 226 da Constituição expõe, **exemplificadamente**, esses novos arranjos familiares, todos dignos da especial proteção do Estado.

(...)

A bem da verdade, pela Carta de 88, a família foi vista por uma nova óptica, um "novo olhar, um olhar claramente humanizado", cujo foco, antes no casamento, voltou-se para a dignidade de seus membros. (Grifos acrescidos)

Prosseguindo em sua argumentação, o Ministro Relator também tratou do casamento sob a nova visão constitucional:

4.3. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados -, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana. Por isso não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade.

Continuando, o Ministro relator comenta e rebate as críticas recebidas pelo STF quando do julgamento da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF, enfatizando o “papel contramajoritário e protetivo” do Poder Judiciário:

Em crítica à decisão do STF, afirmou-se, por exemplo, que “[a] tradição existe por algum motivo e não deve ser mudada pelo voto de um pequeno grupo, mas pela consulta ao grande público ou através de seus representantes, eleitos para isso” (DOUGLAS, William. *Dois Surdos – Os religiosos e o movimento gay*. Revista Jurídica Consulex, São Paulo: Consulex, 2011 (345): p. 46-47, 01/06/2011).

(...)

O próprio acórdão recorrido afirmou que “a hipótese ventilada não prescinde de discussão parlamentar”, já que o ativismo judicial “nem sempre se traduz nas reais aspirações da sociedade”. Não impressiona, contudo, a tese de que a matéria deve ser apreciada, por primeiro, pelo Congresso Nacional, sobretudo para avaliar se há “aceitação social” do casamento homoafetivo.

(...)

É que a democracia é forma de governo cujo acesso ao poder é estabelecido pela maioria, mediante técnicas diversas, mas que, de forma nenhuma, deve significar que o exercício do poder tenha como destinatário essa maioria legitimadora do acesso ao poder.

(...)

Não fosse por isso, não se explicaria a razão de as ações do Estado prestigiar também os não votantes, como, por exemplo, as crianças, os presos, os eleitores facultativos e, de resto, as minorias vencidas pelo voto.

(...)

Vale dizer, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não pode “democraticamente” decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo – que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

Em seguida, comenta a crescente tendência mundial no sentido de legalizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, abaixo:

São exemplos de países que reconheceram o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: Argentina, África do Sul, Holanda, Bélgica, Suécia, Canadá, Espanha, Portugal e em diversas Unidades Federativas dos Estados Unidos, como nos Estados de Massachusetts, New Hampshire, New Jersey, Connecticut, Iowa e Vermont.

Por fim, o voto do relator ministro Luis Felipe Salomão foi pelo provimento do recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento. Vejamos:

9. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento, salvo se por outro motivo as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio. É como voto.

Ademais, nos termos da certidão extraída do recurso em análise, verifica-se que a Quarta Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, tendo acompanhando o Relator os ministros Marco Buzzi (voto-vista), Maria Isabel Gallotti e Carlos Ferreira. O ministro Raul Araújo divergiu no sentido de não conhecer do recurso.

Segue certidão do julgamento para conhecimento:

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, rejeitou a questão de ordem, suscitada pelo Sr. Ministro Marco Buzzi, para submeter o julgamento do feito à Segunda Seção. Vencidos na questão de ordem os Srs. Ministros Marco Buzzi e Raul Araújo. No mérito, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi, dando provimento ao recurso, acompanhando o Relator, e a retificação do voto do Sr. Ministro Raul Araújo, para não conhecer do recurso, divergindo do Relator, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencido, no mérito, o Sr. Ministro Raul Araújo. O Sr. Ministro Marco Buzzi (voto-vista), a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Portanto, nos termos dos artigos citados e da decisão bastante comentada no meio social e jurídico, conclui-se que o casamento entre pessoas do mesmo sexo, torna-se possível dentro do nosso ordenamento jurídico.

Feita a abordagem supracitada, passa-se às devidas conclusões, abstraídas a partir de todo o demonstrado no presente trabalho acadêmico.

CONCLUSÃO

A idéia que sintetiza todo o trabalho resta bem demonstrada pelo doutrinador Luiz Edson Fachin, em Teoria crítica do direito civil, (...) *há de se pensar o sistema jurídico como*

um sistema que se reconstrói cotidianamente, que não é pronto e acabado, que está à disposição dos indivíduos e da sociedade para neles se retratarem, sendo tudo uma questão de tempo (FACHIN, 2003).

Dentro do nosso ordenamento jurídico percebe-se claramente a ação do tempo como reflexo de um fato social, iniciando-se pela dissolução do vínculo conjugal – Lei n. 6.515/77 (antiga Lei do Desquite), a Constituição Federal de 1988, na qual disciplina, simultaneamente, a família como sendo aquela constituída pelo casamento ou união estável entre homem e mulher, como também determinou a separação e o divórcio como formas de extinção de um laço afetivo formal – artigo 226, *caput* e § 6º, até se chegar na mudança da idéia estruturante da entidade familiar, através da união estável entre pessoas do mesmo sexo, nos termos do artigo 1.723, do Código Civil – fato incontroverso, e da possibilidade do casamento homoparental, conforme interpretação dada pela decisão da ADF/RJ 132 E ADIN nº 4277/DF - STF.

Nada mais é do que a aplicação da Teoria clássica de Gilberto Freyre¹⁴ de “Democratização ou Redemocratização Racial”, sendo para muitos, um retrocesso para outros, evolução.

O que precisa restar claro é que o ordenamento jurídico pátrio e, conseqüentemente o Poder Judiciário, como aplicador da vontade normativa, não procura investigar o porquê da escolha de um sujeito em querer ter uma união, um laço afetivo com outro de sexo oposto ou de mesmo sexo, mas sim, verificar que a opção por esse relacionamento já fora feita, cabendo-lhe apenas assegurar a esses novos sujeitos de direitos e obrigações a mesma proteção em que o Estado Democrático de Direito proporciona aos outros núcleos familiares, de forma equânime, sem restrições ou preconceitos.

¹⁴ SOUZA, Jessé. Gilberto Freyre e a singularidade cultural brasileira. **Tempo Social**; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 12(1): 69-100, maio de 2000.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 05 de out. 1988. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 22 out. 2011.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 10 jan. 2002. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 18 nov. 2011.

BRASIL, Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 07 ago. 2006. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 22 out. 2011.

BRASIL, Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. **Nova Lei da Adoção**. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 03 ago. 2009. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em 22 out. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito & a justiça**. 3ª. ed. rev.e atual. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

FACHIN, LUIZ Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2ª ed. Renovar, 2003.

FIUZA, César Augusto de Castro. **Direito Civil: curso completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. direito de família**. 8ª ed rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A Repersonalização das relações de família**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em:
< <http://jus.com.br/revista/texto/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia>>. Acesso em: 22 out. 2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 28ª ed. ver. e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Direito de família**. 12ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7ª ed. rev. e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. 2ª ed. atualizada até a emenda n. 66, de 13 de julho de 2010 e a Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

SOUZA, Jessé. Gilberto Freyre e a singularidade cultural brasileira. **Tempo Social**; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, **12**(1): 69-100, maio de 2000.

STRECK, Lenio Luiz. LIMA, Rogério Montai de. **O direito de conversão da união estável em casamento nas relações homoafetivas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI137382,41046-O+direito+de+conversao+da+uniao+estavel+em+casamento+nas+relacoes>>. Acesso em: 20/11/2011.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil. Direito de família**. 5ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Métodos, 2010.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo, Método, 2009.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Parecer – Possibilidade de conversão da união homoafetiva em casamento civil**. Disponível em: <<http://pauloriv71.wordpress.com/2011/05/31/parecer-possibilidade-de-conversao-da-uniao-estavel-homoafetiva-em-casamento-civil/>> . Acesso em: 20/11/2011.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito Civil. Direito de Família**. 17ª ed. Reformulada. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.