



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da União Estável Homoafetiva

Lívia Simonin Scantamburlo

Rio de Janeiro

2012

LÍVIA SIMONIN SCANTAMBURLO

A Decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da União Estável Homoafetiva

Projeto de Pesquisa (matriz 1) apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2012

A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Lívia Simonin Scantamburlo

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada. Juíza Leiga. Aprovada no concurso público de provas e títulos para ingresso na carreira de Procuradora do Município de Magé/RJ. Pós-graduanda da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: A recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconhece a união estável entre casais homossexuais, demonstra uma mudança paradigmática na estrutura da sociedade. Reconheceu a mais alta Corte do país que a noção de família se distancia da concepção original que, segundo a Constituição Federal, seria somente entre o homem e a mulher. Isto demonstra claramente que, com o passar do tempo, a família se transforma para se adaptar às novas condições fáticas e aos valores morais. A essência do trabalho é abordar os possíveis efeitos decorrentes de tal decisão na vida de muitas pessoas, bem como discutir a possibilidade de conversão deste tipo de união estável no casamento.

Palavras-chave: Família. Homoafetividade. União Estável. Casamento.

Sumário: Introdução. 1. A união estável. 2. A evolução jurisprudencial e a decisão do Supremo Tribunal Federal. 3. As possíveis consequências advindas do reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática da união estável homoafetiva, e o reconhecimento de sua existência pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão paradigmática de 5 de maio de 2011, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132. Concluiu-se pela necessidade de se realizar uma interpretação conforme à Constituição Federal do artigo 1.723 do Código Civil, o qual estabelece que “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.”

Busca-se despertar a atenção para o fato de que tal decisão tem o condão de modificar toda a estrutura do Direito de Família, atualmente reconhecido como Direitos das Famílias, devendo-se conceber um novo modelo de entidade familiar, por não mais dizer respeito somente à união entre sexos opostos. Agora, o conceito de família pode ser entendido como a união entre dois homens, duas mulheres, a mãe e o filho, o pai e o filho, ou somente a união de um homem e uma mulher. Trata-se de verdadeira revolução social no que se entende por família, reconhecendo cada vez mais os Tribunais o contexto fático e adaptando-o à jurisprudência.

A modificação paulatina do conceito originário de união estável certamente contribuiu em muito para a formação do cenário jurídico que existe atualmente, tendo o presente trabalho o objetivo de indagar quais os possíveis efeitos decorrentes do reconhecimento da entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo, mormente no que tange aos aspectos do direito de família, sucessório e previdenciário.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: aspectos históricos da união estável, precedentes e contornos da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do

reconhecimento da união estável homoafetiva, assim como os possíveis efeitos decorrentes de tal decisão, em especial a possibilidade de conversão no casamento, com seus consectários nos campos patrimonial, sucessório e previdenciário. Também será dado enfoque à problemática advinda da possível modificação de posicionamento pelo Tribunal. O estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, qualitativa, parcialmente exploratória, com análise da jurisprudência.

Resta saber, assim, se é possível ao companheiro o reconhecimento de direitos que, até então, pela legislação somente eram atribuídos àqueles que participam de relação heterossexual, especificamente a presunção absoluta de contribuição para a formação do patrimônio ao longo da relação, a concessão de alimentos decorrentes de separação ou divórcio, o direito à sucessão do parceiro falecido e a percepção de benefícios previdenciários.

1. A UNIÃO ESTÁVEL

A gênese da união estável pode ser reconhecida no momento em que o Estado se dissociou da Igreja, notadamente na época da proclamação da República do Brasil. De fato, houve grande ruptura com o modelo anterior, época em que cabia à Igreja Católica cuidar das relações de *status*, sendo de sua atribuição celebrar casamentos e registrá-los nos livros paroquiais. Daquele momento em diante, os casamentos só produziram efeitos jurídicos se civis fossem, não mais bastando o casamento sob o manto religioso. Toda esta transformação foi corroborada pelo Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1961.

Como de se esperar, a Igreja Católica iniciou grande boicote ao casamento civil, disseminando entre os fiéis que somente poderia ser considerado casado aquele que o fizesse sob as normas religiosas. Nesta época, as famílias mais nobres, tementes a Deus, se negavam a proceder ao casamento civil, mantendo a tradição do matrimônio religioso, o que gerou as primeiras uniões estáveis conhecidas na história brasileira.

E não somente entre os mais abastados se popularizaram as uniões de fato, e isto porque o alto custo do casamento civil representava óbice à grande parte da sociedade.

Muito embora a Constituição da época nada dispusesse acerca do novo instituto que nascia no seio social, a jurisprudência não se mostrou insensível e, aos poucos, foram sendo concedidos efeitos jurídicos às uniões de fato, sem, contudo, reconhecê-las como entidades familiares. De fato, o único instituto existente à época em que se reconhecia hábil à formação da família era o casamento.

Inicialmente, negou-se às relações concubinárias (termo conhecido quando um ou ambos são impedidos de contrair novo casamento) reconhecimento de quaisquer direitos, quando um dos concubinos ainda fosse casado com terceira pessoa, ainda que separado de

fato. Esta segunda união, por não estar prevista no ordenamento jurídico, era considerada ato ilícito e, assim, dela não poderiam nascer efeitos jurídicos.

No entanto, a jurisprudência foi timidamente evoluindo, tendo o Supremo Tribunal Federal sumulado entendimento no sentido de que seria lícito à concubina exigir judicialmente indenização pela morte do amásio, em casos de acidente de trabalho ou de transporte, condicionando tal direito de ação à prova da inexistência de impedimento para o casamento (Enunciado 35 da Súmula do Tribunal).

Posteriormente, reconheceu-se a existência de direitos à companheira do falecido, quando este fosse viúvo, solteiro ou desquitado, criando-se o instituto da sociedade de fato, semelhante às sociedades comerciais não registradas devidamente nas Juntas Comerciais. Ressalte-se que, pelo Enunciado 380 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Algumas decisões dos Tribunais admitiam pensão à concubina quando esta fosse abandonada de modo injusto, enquanto outras cingiam-se a compensar pelos serviços prestados, instituto semelhante ao contrato de locação de serviços, previsto nos artigos 1.216 e seguintes do então Código Civil de 1916. Não só o trabalho físico como também o esforço moral eram levados em consideração por alguns Tribunais, de modo que aos poucos abriam-se precedentes para abandonar o antigo entendimento acerca de tais uniões à margem da lei.

Com o passar dos anos, tal instituto foi sendo sedimentado nos Tribunais Brasileiros, de modo que sua primeira aparição formal no ordenamento jurídico ocorreu na Constituição Federal de 1988, sendo disciplinada no artigo 226,§3º:

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

(...)

§3º. Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.¹

Tal instituto, regulado inicialmente pelas Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96, também foi objeto de apreciação no Projeto do Novo Código Civil, Lei n. 10.406/02, tendo como resultado a criação do Título III do Livro IV (“Do Direito de Família”), cujo artigo inaugural assim prevê: “Art. 1723. 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.”²

Ao mesmo tempo em que tal dispositivo procurou retratar a evolução social, na medida em que não mais se exigia o requisito anterior dos 5 anos de convivência pública e duradoura, também trouxe certos problemas, na medida em que a norma em si é considerada demasiadamente restritiva.

De fato, tal dispositivo somente reconhece como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, muito embora no direito comparado exista uma gama de legislações tutelando, para finalidades específicas, a união estável entre casais do mesmo sexo³, o que fez nascer entre os estudiosos do Direito a problemática do reconhecimento da união estável homoafetiva.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 out. 2011.

² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 out. 2011.

³ Países como Dinamarca, Suécia e Noruega dispõem de leis prevendo e regulando as uniões entre casais homossexuais. Importante ressaltar que, no Brasil, há o Projeto de Lei n. 1.151/95, de autoria da Senadora Marta Suplicy, que disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Alguns doutrinadores de vanguarda, como Maria Berenice Dias,⁴ insurgiram-se contra a interpretação literal do referido dispositivo, conferida por alguns Tribunais, sustentando que

“se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em um verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e pelo respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei.”

Por outro lado, outros doutrinadores, como Luiz Edson Fachin⁵, defendiam que ainda não seria possível atribuir à união entre casais do mesmo sexo o *status* de união estável, ao menos por enquanto, devendo transcorrer os mesmos passos traçados por esta, passando, de início, pelo reconhecimento da sociedade de fato e, somente após reiterado posicionamento jurisprudencial em seu prol, oxigenando o sistema legislativo, poder-se-ia pensar em seu reconhecimento jurídico.

Orlando Gomes⁶ defendia a contratualização da sociedade de fato entre casais não abarcados pelo dispositivo, aduzindo que “pessoas que reúnem esforços ou capitais para empreendimento comum de finalidade econômica formam uma sociedade, mediante contrato.”

Diante de posições tão distintas, que certamente contribuíram para a decisão proferida em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.722 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 pelo Supremo Tribunal Federal, surgiu posição intermediária⁷, sustentando que a solução para a problemática estaria em se admitir a

⁴ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual – O preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 77.

⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 81.

⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 391.

⁷ RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 108.

união homossexual como espécie autônoma de família, distinta da união estável, ainda que possuíssem similaridades. Segundo tal corrente,

“a união estável distingue-se das uniões homossexuais precisamente em virtude do requisito da diversidade sexual entre os companheiros, expressamente consignado no texto do artigo 226,§3º, bem como na determinação constitucional de se facilitar sua conversão em casamento, aspecto que também afasta as uniões homossexuais da união estável.”

Diante de tanta polêmica gerada em torno do assunto, abriu-se espaço para que as decisões dos Tribunais fossem gradativamente adaptando-se à nova realidade social. Com efeito, atribui-se visão cada vez menos preconceituosa e anacrônica acerca da homossexualidade, inicialmente vista como *pecado*, outrora tratada como *doença*, estando tal entendimento absolutamente superado na Psicologia e na Medicina.⁸

⁸ Impende ressaltar que a Organização Mundial da Saúde retirou o homossexualismo do catálogo internacional de doenças em 1985 e, desde 1995, no que tange à condição de ser homossexual, aboliu de seus documentos o sufixo ‘ismo’- que denota condição patológica, preferindo-se o termo homossexualidade, pois o sufixo ‘dade’ denota o estado de ser da pessoa. No Brasil, o Conselho Federal de Psicologia editou a Resolução nº1, de 1999, que “estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual”, vedando qualquer tipo de postura discriminatória.

2. A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após a breve análise do histórico de reconhecimento pelo qual perpassou o instituto da união estável, é de se aprofundar, no presente momento, o ponto nodal deste estudo.

De forma propedêutica, impende ressaltar que tal tema não é de fácil abordagem, especialmente no seio de uma sociedade impregnada pelos valores do *heterossexismo*, definido por Maria Berenice Dias⁹ como a “naturalização das relações heterossexuais inserida na construção ideológica da doutrina do direito em torno das uniões conjugais”.

Não obstante tal inclinação social, e sua influência na matriz doutrinária e jurisprudencial, é de se ressaltar o avanço legislativo com o advento da Lei Maria da Penha¹⁰, diploma normativo federal que define família como qualquer relação íntima de afeto independente da orientação sexual.

Inicialmente, pelo fato de a Constituição Federal de 1988 fazer menção à distinção de sexo entre os conviventes, a fim de ser caracterizada a união estável, a jurisprudência tendia ao posicionamento de que as disputas judiciais que envolvessem casais homossexuais atrairiam a competência das Varas Cíveis, e não das Varas de Família. Ademais, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo era entendido como uma mera sociedade de fato, o que exigia a prova pelo consorte do esforço em comum para a formação do patrimônio, conforme o aresto a seguir reproduzido, deste Tribunal de Justiça¹¹:

⁹ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

¹⁰ BRASIL. Art. 2º e 5º, parágrafo único da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 27 mar. 2012.

¹¹ TJRJ, Apelação Cível 731/1989. 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Narcizo Pinto, j. 08/08/1989. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?page=4&&idJurisAssunto=25>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

Sociedade de fato. Dissolução pela morte de um dos sócios. Partilha de bens. Esforço comum na formação do patrimônio. Homossexualismo. Ação objetivando o reconhecimento de sociedade de fato e divisão dos bens em partes iguais. Comprovada a conjugação de esforços para formação do patrimônio que se quer partilhar, reconhece-se a existência de uma sociedade de fato e determina-se a partilha. Isto, porém, não implica, necessariamente, em atribuir ao postulante 50% dos bens que se encontram em nome do réu. A divisão há de ser proporcional à contribuição de cada um. Assim, se os fatos e circunstâncias da causa evidenciam uma participação societária menor de um dos ex-sócios, deve ser atribuído a ele um percentual condizente com a sua contribuição.

O Superior Tribunal de Justiça também abarcava o posicionamento de que não seria possível a aplicação da legislação atinente à união estável aos relacionamentos homoafetivos, incidindo na hipótese o direito obrigacional, como se nota no seguinte acórdão reproduzido:

Direito civil. Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo. Efeitos patrimoniais. Necessidade de comprovação do esforço comum. - Sob a ótica do direito das obrigações, para que haja partilha de bens adquiridos durante a constância de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, é necessária a prova do esforço comum, porque inaplicável à referida relação os efeitos jurídicos, principalmente os patrimoniais, com os contornos tais como traçados no art. 1º da Lei n.º 9.278/96. - A aplicação dos efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável a situação jurídica dessemelhante, viola texto expresso em lei, máxime quando os pedidos formulados limitaram-se ao reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, com a proibição de alienação dos bens arrolados no inventário da falecida, nada aduzindo a respeito de união estável. Recurso especial conhecido e provido.¹²

Não obstante o posicionamento predominante na jurisprudência dos Tribunais brasileiros, parte da doutrina¹³ vinha se posicionando contrariamente a esta corrente, a exemplo da retromencionada Maria Berenice Dias, vanguardista do tema, que sustentava a impossibilidade de aplicação analógica do instituto das sociedades de fato às uniões entre

¹² Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 773.136/RJ. Relatora: Ministra Fátima Nancy Andrichi. Publicado em: 13 jun. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501316656&dt_publicacao=13/11/2006>. Acesso em: 27 mar. 2012.

¹³ DIAS, op. cit., p. 31. Completa a autora: “E considerar uma relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar não compromete a estabilidade social, não acaba com a família e nem desestimula casamentos. Também não leva ao aumento da prática homossexual. Apenas permite que um maior número de pessoas saia da clandestinidade, deixando de ser marginalizada.”

casais do mesmo sexo. Sustenta a jurista que tal impossibilidade decorre do objetivo imediato de lucro econômico-financeiro presente nas sociedades de fato, enquanto que as relações homoafetivas constituiriam verdadeira união familiar, cuja principal característica seria o afeto.

Na esteira do pensamento supracitado, o Ministro Marco Aurélio de Mello¹⁴ explicitava que

[...] findos os anos de convivência, os parceiros são tidos como sócios, dividindo-se o patrimônio adquirido. Se nada for obtido na constância da relação, nada será devido. Tal postura mostra-se, no mínimo, injusta, porque não admite que a origem, a base da união é o *afeto*, não a vontade de compor sociedade. (grifo nosso)

Sendo assim, é possível depreender que os autores mais modernos já vinham defendendo a possibilidade do reconhecimento de uma nova entidade familiar, por meio da caracterização da *affectio* entre ambos os conviventes. Trata-se de novo panorama do Direito de Família, agora visto como Direito das Famílias, tendo em vista o atual entendimento de que a formação da família não mais ocorre somente mediante o casamento.

Além do apoio doutrinário, vários fatores sociais, tais como o surgimento de novas profissões, o aumento da urbanização, o direito ao anonimato, bem como os efeitos da televisão e da fragmentação das referências culturais provocaram a paulatina modificação da jurisprudência.

Reconhece-se como julgado de vanguarda para o reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo a decisão proferida pela justiça gaúcha, no ano de 2007, que, em sede de liminar, fixou a competência da Vara de Família para conhecer de ação decorrente de

¹⁴MELLO, Marco Aurélio de. “*A Igualdade é Colorida*”. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_artigo/a_igualdade_colorida_-_marco_aur%E9lio.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2012.

união entre pessoas do mesmo sexo.¹⁵ A partir deste posicionamento, todas as ações no Rio Grande do Sul que envolvessem litígio versando sobre casais do mesmo sexo, atrairiam a competência das Varas de Família e, pelo fato de haver no referido Tribunal a especialização por matérias, nos órgãos fracionários, também as Câmaras de Família passariam a apreciar os respectivos recursos.

Ainda que consideradas como sociedades de fato, passou-se a reconhecer a tal parcela da população parte de alguns direitos, tais como os previdenciários¹⁶, mormente por força da Instrução Normativa INSS/DC n. 25, de 07 de junho de 2000, já revogada pela Instrução Normativa INSS/PRES n. 45, de 06 de agosto de 2010. Em certas ocasiões, também foi reconhecida a legitimidade do companheiro homossexual para recebimento de verbas rescisórias não deferidas em vida ao *de cujus*, sendo aquele dependente deste nos quadros da Previdência Social, com fulcro na Lei Estadual n. 6.858/80, como no seguinte aresto: “Apelação civil. União homoafetiva. Verbas rescisórias do *de cujus* que devem ser divididas igualmente entre sua filha e seu companheiro. Isonomia de direitos assegurada pela Constituição da República de 1988. Desprovimento da apelação.”¹⁷

Mas o marco fundamental para o tema foi o julgamento histórico, decidido por unanimidade, proferido pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Carlos

¹⁵ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 599.075.496. Relator: Breno Moreira Mussi. Julgado em 17 jun. 1999. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

¹⁶ “Previdenciário - pensão por morte - possibilidade jurídica do pedido - união homoafetiva - comprovação - requisitos preenchidos - concessão do benefício - Comprovada a existência de união homoafetiva entre a autora e a segurada falecida, tendo em vista o relacionamento amoroso e a longa convivência comum e sob o mesmo teto, bem como a dependência econômica e o caráter de entidade familiar externado na relação, é de se reconhecer à companheira sobrevivente o direito de receber o benefício previdenciário de pensão por morte.” (TJMG, AC 1.0481.08.087969-7/001, Rel. Des. Geraldo Augusto. 1ª Câmara Cível. Julgado em: 27 de abril de 2010). Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=21>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

¹⁷ TJRJ, AC 2006.001.49088, 12ª Câmara Cível. Relator: Des. Binato de Castro. Julgado em: 14 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=000306FAEC6C4A203812054F6B4216B5EEDABAA8C35C4A14>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

Ayres Britto, em que se reconheceu a união estável entre os casais homossexuais, aplicando interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil Brasileiro. Ressalte-se que, pelo fato de a decisão ter sido proferida em sede de controle concentrado, possui eficácia vinculante e *erga omnes*, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, o que demonstra a força e representatividade de tal precedente.¹⁸

A decisão, com votos favoráveis de 10 dos 11 ministros do Supremo (o ministro José Antônio Dias Toffoli julgou-se impedido por ter atuado em um dos processos quando ainda era Advogado-Geral da União), foi proferida em sede de uma ADPF movida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, em conexão com uma ADIN, movida pela Procuradoria Geral da República.

Na ADPF, pretendia-se atacar a interpretação de dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, Decreto-lei n. 220/75, tendo em vista que a interpretação literal que se vinha atribuindo a alguns de seus dispositivos causava lesão aos servidores homossexuais, violando-se diversos preceitos fundamentais da Constituição de

¹⁸ Por ser o tema central deste estudo, vale a pena a transcrição dos trechos mais relevantes da decisão: “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. (...) 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. (...) LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. (...) 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.” Supremo Tribunal Federal, ADI 4.277 e ADPF 132. Rel. Min. Ayres Britto. Julgado em: 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 29 fev. 2012.

1988. Na ADI, pretendia-se a declaração da Corte Suprema quanto ao caráter familiar da união homossexual, a fim de que se garantisse a esta os mesmos efeitos da união estável.

Referido acórdão fez menção expressa aos princípios da isonomia, identidade pessoal, liberdade, intimidade, vida privada, felicidade, proibição às discriminações odiosas e efetivação da segurança jurídica. Entendeu a Corte Maior deste país que o direito à preferência sexual emana diretamente do postulado da dignidade da pessoa humana, estendendo aos casais *gays* todos os direitos atribuídos aos conviventes em união estável heterossexual.

Ademais, entenderam os Ministros da Corte de Cúpula que a Constituição Federal não emprestaria ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo, de modo que dever-se-ia ser entendida como categoria sócio-cultural e princípio espiritual. Haveria o direito subjetivo de todo cidadão à constituição de uma família, independentemente de sua orientação sexual, o que faria prevalecer os objetivos constitucionais de isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos.

A relevância de referido julgado se observa, principalmente, na parte em que se reconhece que a menção constitucional ao binômio homem/mulher decorreria do objetivo de não se perder a oportunidade de favorecimento de relações jurídicas horizontais ou sem a outrora reconhecida hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Isto quer dizer que uma interpretação constitucional não leva à uma simples leitura gramatical do art. 226, §3º, mas sim a um bem maior, qual seja, à impossibilidade de submissão da mulher ao homem, trazendo a isonomia para dentro do seio familiar.

Em verdade, ressaltou-se o direito de liberdade previsto no art. 5º, caput da Carta Magna, no sentido de que seria possível ao cidadão a formação de núcleos familiares, desde que não houvesse violação a legítimo interesse de outrem. Não poderia deixar o ordenamento

jurídico de tutelar direito, mormente pelo fato de que em nada afetaria a terceiros o reconhecimento de tais uniões de fato, uma realidade social.¹⁹

Sendo assim, embora com três votos de divergência neste ponto, emprestou-se ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para excluir do dispositivo qualquer significado que pudesse impedir o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, reconhecimento este que haver-se-ia de ser implementado mediante as mesmas regras atinentes à união estável heteroafetiva.

¹⁹ “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”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 29 fev. 2012.

3. AS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS ADVINDAS DO RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Como já analisado, a decisão proferida pelo Supremo, dotada de caráter *erga omnes*, somente vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública. Sendo assim, forçoso é concluir que nem o próprio STF, nem o Poder Legislativo estão submetidos ao reconhecimento jurídico na união estável homoafetiva, o que remete a duas questões: possibilidade de revisão do julgado e necessidade de edição de lei para a implementação da matéria.

Quanto à primeira problemática levantada, a conclusão mais correta e coerente com os princípios constitucionais é no sentido de que se trata de verdadeira conquista de um direito fundamental, tal qual, em outras épocas, o foi o da igualdade e da liberdade. Sendo assim, ainda que haja futura mudança de composição na mais alta Corte de Justiça do país, não se afigura razoável que venha a ocorrer modificação de posicionamento quanto à matéria, pelo Princípio da Vedação ao Retrocesso. Segundo Canotilho²⁰, será inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos fundamentais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação destes benefícios.

Sendo assim, é defendida aqui a ideia de que o Estado deve sempre agir no sentido de melhorar as condições da população, seja de que segmento for. Qualquer medida restritiva advinda por parte do Estado no sentido de suprimir as garantias já alcançadas pelo cidadão, denotando intolerância ou preconceito, deve ser encarada com desconfiança e repelida pelo

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 336.

Poder Judiciário, com base nos objetivos insculpidos na Carta Magna de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I)²¹.

Neste sentido, não é demais lembrar que a Constituição Federal previu um remédio eficiente para tutela da eficácia das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado, em seu artigo 102, I, I, a Reclamação. Frise-se que toda vez que for desrespeitado algum direito conferido por tal decisão, por parte de qualquer órgão do Poder Judiciário ou da Administração Pública, é possível que o ofendido se utilize do referido instrumento constitucional, podendo o Tribunal anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial, determinando que novo ato ou sentença sejam expedidos em seu lugar.

No que tange à segunda problemática, acerca da necessidade de lei para implementar a matéria, deve ser destacado o voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes²², quando do julgamento da ADIN e ADPF referidas no presente trabalho, tendo o jurista ressaltado a impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Seu voto se limita a reconhecer a existência legal da união homoafetiva por aplicação analógica do texto constitucional, e observa que “pretender regular isso é exacerbar demais nossa vocação de legisladores positivos, com sério risco de descarrilarmos, produzindo lacunas”.

Ressalvado o entendimento pessoal dos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso²³, os demais Ministros não defendem a ideia de que haveria um

²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 27 mar. 2012.

²² HAMILTON. *União Homoafetiva*: íntegra dos votos dos ministros do STF. Disponível em: <<http://nalei.com.br/blog/uniao-homoafetiva-integra-dos-votos-dos-ministros-do-stf-2725/>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

²³ “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.” Disponível em: Supremo Tribunal Federal,

tertium genus, mas sim mera espécie de união estável tal qual prevista na Constituição Federal e no Código Civil.

Porém, o fato é que, ainda que se adote o entendimento de que se trata de verdadeira espécie de união estável, aplicando aos casais homossexuais as normas em vigor, esbarra-se no problema de regulamentação ainda incipiente da própria união estável no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre o assunto, Fábio de Oliveira Vargas²⁴ observa que

[...] em todo o Código Civil, salvo alguns artigos esparsos, dedicou o legislador tão somente cinco artigos para regular a matéria, sendo o casamento minuciosamente regrado no referido diploma! Por aí já se percebe que o terreno jurídico da união estável não é tão seguro quanto o das uniões matrimonializadas. A decisão do STF traz tão somente o alento de que o Judiciário e instâncias público-administrativas deverão deferir tratamento análogo ao da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Mas não explicita quais são os direitos a serem resguardados, coisa que uma lei poderia fazer a contento.

Pela ausência de regulamentação expressa, a doutrina²⁵ já reconhece uma série de direitos oriundos da equiparação entre união homoafetiva e união estável, tais como os que seguem: 1) pensão alimentícia em caso de dissolução da união; 2) possibilidade de adoção conjunta; 3) opção pelo sobrenome do parceiro; 4) soma da renda para diversos fins contratuais; 5) inscrição do parceiro como dependente de servidor público; 6) guarda e visita dos filhos comuns em caso de dissolução da união; 7) inscrição do parceiro como dependente

ADI 4.277 e ADPF 132. Rel. Min. Ayres Britto. Julgado em: 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2E+NUME%2E%29+OU+%28ADI%2E+ACMS%2E+ADJ2+4277%2E+ACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 29 fev. 2012.

²⁴ VARGAS, Fábio de Oliveira. *União Homafetiva: Direito Sucessório e Novos Direitos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 97.

²⁵ *Ibidem*, p. 98-99.

em plano de saúde; 8) participação nos programas do Estado voltados à família; 9) inscrição do parceiro como dependente previdenciário; 10) licença para acompanhar servidor público, transferido a qualquer outro ponto do território nacional; 11) impenhorabilidade do imóvel próprio em que reside o casal, por conta da Lei 8.009/90; 12) meação de bens adquiridos em caso de dissolução da união; 13) licença-maternidade/paternidade para os casos de nascimento ou adoção de filho do parceiro; 14) abono-família; 15) licença-luto, em caso de morte do parceiro; 16) auxílio-funeral, em caso de morte do parceiro; 17) nomeação como inventariante do espólio do parceiro falecido; 18) direito de herança (fundado no controverso art. 1.790 do Código Civil de 2002); 19) dano moral reflexo caso o parceiro venha a falecer por ato ilícito; 20) visita íntima, em caso de encarceramento; 21) acompanhamento da parceira no parto; 22) autorização de cirurgias de risco; 23) nomeação como curador do parceiro interditado; 24) declaração de dependente do parceiro no Imposto de Renda, bem como declaração conjunta; 25) julgamento das ações nas Varas de Família, resguardado o devido sigilo; 26) indenização do seguro DPVAT, em caso de falecimento do parceiro em acidente automobilístico; 27) proteção contra a violência doméstica e familiar, nos termos da Lei 11.340/06; 28) visto de permanência para companheiro estrangeiro; 29) celebração de contrato para regular os efeitos pessoais e patrimoniais da união; 30) concessão de pensão por morte e auxílio-reclusão para companheiro dependente de segurado no INSS.

É de se frisar que, por serem aplicáveis todas as regras inerentes ao estatuto da união estável, não se exige que ambos os conviventes demonstrem, judicialmente, que concorreram para a formação do patrimônio durante a união, uma vez que a partir de agora adota-se por analogia o regime da comunhão parcial de bens, havendo a presunção da contribuição de ambos para a formação dos aquestos.

Ressalte-se que, muito mais do que direitos, também os conviventes deverão observar os deveres de lealdade, respeito, assistência mútuos, além de guarda, sustento e educação dos filhos, de acordo com o que determina o art. 1.724 do Código Civil.

Podem, ainda, ser citados outros tantos deveres, tais como: coabitação, direção da vida em comum no interesse do casal e dos filhos; presunção de solidariedade pelas dívidas contraídas em razão da economia doméstica; necessidade de autorização para alienação ou gravame de ônus real sobre bens comuns; autorização de fiança ou aval; autorização para pleito judicial que verse sobre bens imóveis (e citação de ambos, quando forem réus); administração dos bens comuns, na impossibilidade do companheiro fazê-lo; respeito às regras do regime da comunhão parcial de bens, desde que não haja contrato dispor em contrário (art. 1.725 do Código Civil); impossibilidade de contratar sociedade empresarial entre si, caso tenham optado pelo regime da comunhão universal ou da separação total de bens.

Importante ressaltar que para que os companheiros obtenham tais direitos e deveres é necessário que sejam devidamente preenchidos os requisitos do art. 1.723 do Código Civil, quais sejam: convivência pública, contínua e duradoura; objetivo de constituição de uma família (*intuitu familiae*); inexistência de impedimentos matrimoniais.

A advogada e superintendente do Conselho Arbitral de São Paulo Ana Claudia Pastore²⁶ defende, ainda, que no mesmo sentido em que se impõe a regulamentação da união estável, deve ser gerenciada a sua dissolução. Para tanto, defende ser a arbitragem o melhor caminho, uma vez não havendo menores envolvidos no conflito, citando inúmeras vantagens desta medida:

²⁶ PASTORE, Ana Claudia. União Homoafetiva e arbitragem. *Revista Síntese Direito de Família*, São Paulo, v. 13, n. 69, dez./jan. 2012, p. 240/241.

Em primeiro lugar, a celeridade. Uma ação dessa natureza por meio do juízo arbitral poderá se resolver em apenas uma única audiência. Frequentemente, um procedimento dessa natureza tem seu curso completo em 30 dias. (...) Ademais, na justiça estatal, infelizmente nos deparamos com juízes que insistem em se insurgir contra decisões do STF, renegando os direitos alcançados pelos casais do mesmo sexo e recusando-se a levar o processo de acordo com os ditames formais. Nesses casos, resta aos parceiros homossexuais se submeter a mais um desgaste, tendo de apelar para outras instâncias no sentido de anular sentenças de primeiro grau. Isso não ocorre no âmbito do juízo arbitral, uma vez que os árbitros são profissionais que observam as decisões dos Tribunais Superiores, alinhados com a legislação vigente, conscientes de que são civil e criminalmente responsáveis por suas decisões, e com vasta experiência em direito de família e suas repercussões.

Por fim, a última questão a ser abordada tangencia a possibilidade de conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Para aqueles que defendem ter o Supremo estendido todos os efeitos da união estável, sendo aplicável de pleno direito todas as normas a ela atinentes, é possível a afirmação, sem medo de errar, de que o casal poderá pleitear em juízo a sua conversibilidade em matrimônio, com fulcro nos artigos 226, §3º da Constituição Federal e 1.726 do Código Civil. Nesta linha de pensamento, a decisão proferida pelo magistrado deve ser dotada de efeitos *ex tunc*, retroagindo à data do início da convivência.

Neste sentido, Cristiano Chaves e Nelson Roselvald²⁷ afirmam que não mais pode ser tratado como pressuposto de existência do matrimônio a diversidade de sexos. Sobre o tema, observam que

Considerando que o casamento (como qualquer outra entidade familiar) está assentado na *comunhão de vida afetiva* e tendo em mira o fato de que não se pretende pelo casamento uma perpetuação biológica da espécie (até porque a norma constitucional impõe a igualdade de tratamento entre os filhos), resta reconhecer, como bem o fez a jurisprudência superior, a *possibilidade do casamento homoafetivo*.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. Vol. 6. 4.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2012, p.247.

Apesar de os referidos autores mencionarem a existência de doutrina em contrário²⁸, abarcando a tese de impossibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, citam a obra do professor Luiz Edson Fachin, o qual observa existir um “equivoco na base da formulação doutrinária acerca da diversidade de sexos como pressuposto do casamento.(...) Tal argumento não pode ser subterfúgio para negar, num outro plano, efeitos jurídicos às associações afetivas de pessoas do mesmo sexo.”²⁹

Destarte, a própria norma constitucional prevê que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento. Nesta linha, decisão recente da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicada através do Informativo n. 486,³⁰ conferiu a um casal de duas mulheres a possibilidade de se habilitarem ao casamento, com base no precedente do Supremo Tribunal. Não obstante, tal decisão não possui efeitos vinculantes, nada impedindo que outra Turma ou Seção decidam de maneira distinta, enquanto não pacificada a questão dentro do próprio Tribunal.

Ainda que se defenda ser aplicável todo o regramento jurídico do Código Civil à união homoafetiva, impende ressaltar que não se trata de verdadeiro casamento, pelo menos enquanto pendente tal decisão do Supremo Tribunal Federal, ou enquanto não haja

²⁸ A exemplo, citam Maria Helena Diniz: “Absurdo seria admitir que o matrimônio de duas mulheres ou de dois homens tivesse qualquer efeito jurídico.” DINIZ *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. p. 126.

²⁹ FACHIN *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. p. 126.

³⁰ “*In casu*, duas mulheres alegavam que mantinham relacionamento estável há três anos e requereram habilitação para o casamento junto a dois cartórios de registro civil, mas o pedido foi negado pelos respectivos titulares. Posteriormente ajuizaram pleito de habilitação para o casamento perante a vara de registros públicos e de ações especiais sob o argumento de que não haveria, no ordenamento jurídico pátrio, óbice para o casamento de pessoas do mesmo sexo. Foi-lhes negado o pedido nas instâncias ordinárias. O Min. Relator aduziu que, nos dias de hoje, diferentemente das constituições pretéritas, a concepção constitucional do casamento deve ser plural, porque plurais são as famílias; ademais, não é o casamento o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, qual seja, a proteção da pessoa humana em sua dignidade. Assim sendo, as famílias formadas por pessoas homoafetivas não são menos dignas de proteção do Estado se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.(...)” Recurso Especial 1.183.378/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 25 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp?livre=%28uni%E3o+e+est%E1vel+e+homoafetiva+e+casamento+e+STF+%29+E+%28%22Quarta+Turma%22%29.org.&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 28 mar. 2012.

modificação no texto constitucional. Diante de tal separação de institutos, impende ressaltar que enquanto a prova do matrimônio se faz pela mera apresentação da certidão de casamento, a prova da união estável demanda ação judicial.

Entendeu referido julgado que se é o casamento civil a forma pela qual o Estado melhor protege a família e se são múltiplos os arranjos familiares reconhecidos pela Constituição de 1988, não deveria ser negada tal via a nenhuma família que por ela optasse, independentemente de orientação sexual dos nubentes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas e o afeto. Sendo assim, deferiu-se a ordem para que as nubentes se habilitassem ao casamento civil, principalmente tendo em conta que um dos mandamentos constitucionais é exatamente a facilitação da conversão da união estável no matrimônio.

Referido posicionamento ainda está passível de amadurecimento dentro do próprio Tribunal, porém representa significativa mudança no cenário jurídico: a Corte de cúpula abandona a mácula do conservadorismo e avança em direção aos anseios das minorias sociais. É julgamento, enfim, que merece os aplausos de todos os operadores do direito, retirando da marginalidade inúmeros casais que de há muito aguardavam pela decisão.

Por fim, é de se ressaltar que ainda existem posições na jurisprudência em contrário, inclusive proveniente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que ainda não se tem permitido a conversão da união estável homoafetiva em casamento, por um apego à literalidade da lei. Não obstante, algumas decisões provenientes da primeira instância vêm sendo reformadas pelas Câmaras Cíveis³¹, em atenção aos recentes julgados das Cortes de Cúpula do País, como a seguinte:

³¹ Apelação 0007252-35.2012.8.19.0000. Relator: Des. Luiz Felipe Francisco. Julgado em: 17 de abril de 2012. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

Procedimento de jurisdição voluntária. Relacionamento homoafetivo. Pedido de conversão de união estável em casamento. Indeferimento pelo juízo de primeiro grau. Inconformismo dos requerentes. O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida na ADI n. 4-277/DF, atribuiu eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à interpretação dada ao art. 1.723, do Código Civil, para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, desde que configurada a convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família. A Constituição da República determina seja facilitada a conversão da união estável em casamento. Portanto, presentes os requisitos legais do art. 1.723, do Código Civil, não há como se afastar a recomendação constitucional, conferindo à união estável homoafetiva os mesmos direitos e deveres dos casais heterossexuais, tal como sua conversão em casamento. Precedente do STJ que admitiu o próprio casamento homoafetivo, a ser realizado por simples habilitação. In casu, forçoso é de se concluir que merece reforma a decisão monocrática, convertendo-se a união estável caracterizada nos autos em casamento. Provimento do recurso.

4. CONCLUSÃO

Por toda a evolução histórica do instituto da união estável, é possível concluir que tudo foi uma questão de tempo. No início do século XIX, o reconhecimento jurídico à união meramente civil ainda era algo inimaginável, pois a sociedade estava dominada pelos valores da Igreja Católica. Não obstante, com o passar dos anos, o Estado passou a tomar para si o lugar da Igreja, de modo que o casamento civil tornou-se a regra, e o religioso, uma exceção.

A história mostra que, em muitos momentos, o ordenamento jurídico jurídica se distancia por completo da realidade fática. Cumpre ao Poder Judiciário ter a perspicácia de acompanhar a evolução social, integrando-o todas as situações não previstas pelo legislador. Fato é que o processo legislativo moroso em muito contribui para esta discrepância. A título de exemplo, o anteprojeto do Código Civil, cujo início da vigência ocorreu em 11 de janeiro de 2003, teve sua gênese no ano de 1969, época da ditadura militar, de modo que é compreensível o fato de não terem sido inseridas muitas situações que atualmente são toleradas na sociedade, tal qual a união entre pessoas do mesmo sexo.

Ainda que de modo tímido, a decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, representou um avanço jurisprudencial que de há muito era aguardado por casais que viviam à margem da lei. Muito embora somente tenha sido equiparada a relação entre homossexuais à união estável, é possível sustentar a tese de que todos os institutos desta são aplicáveis àquela, inclusive a norma do art. 1.726 do Código Civil, que prevê a conversibilidade no casamento, mediante requerimento dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Tal posicionamento vai ao encontro da mais moderna doutrina que defende o Princípio da Vedação ao Retrocesso, de modo que qualquer ato, proferido pelo Judiciário

ou pela Administração Pública, que viole as normas do Código Civil e dos diplomas atinentes à união estável, pode ser atacado mediante Reclamação ao Supremo Tribunal Federal.

É inegável, porém, o reconhecimento de uma nova entidade familiar, tal qual a família formada por casais heterossexuais ou a família monoparental, levando-se em consideração que o centro da tutela jurídica não é mais o casamento, mas sim o ser humano, que deve ser considerado em todos os seus aspectos e diversidades, de modo que o matrimônio seria um meio para se atingir a um bem maior, qual seja, a dignidade da pessoa humana, a felicidade do homem.

No mais, devem ser aguardadas as próximas decisões dos Tribunais pelo país, e esperar que o Poder Legislativo, desta vez, aja com eficiência, colocando por terra, definitivamente, o preconceito e a intolerância, valores que não mais se sustentam no século XXI.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luiz Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2012.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 27 mar. 2012.
- BRASIL. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 mar. 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Direito das Famílias. 4.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2012.
- DIAS, Maria Berenice. *União homossexual – O preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. *Direito Homoafetivo: consolidando conquistas*. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br>>. Acesso em: 27 mar. 2012.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- HAMILTON. *União Homoafetiva: íntegra dos votos dos ministros do STF*. Disponível em: <<http://nalei.com.br/blog/uniao-homoafetiva-integra-dos-votos-dos-ministros-do-stf-2725/>>. Acesso em: 27 mar. 2012.
- MELLO, Marco Aurélio de. “*A Igualdade é Colorida*”. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_artigo/a_igualdade_colorida_-_marco_aur%E9lio.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2012
- PASTORE, Ana Claudia. União Homoafetiva e arbitragem. *Revista Síntese Direito de Família*, São Paulo, v. 13, n. 69, dez./jan. 2012.
- RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 773.136/RJ. Relatora: Ministra Fátima Nancy Andrichi. Publicado em: 13 jun. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501316656&dt_publicacao=13/11/2006>. Acesso em: 27 mar. 2012.
- _____. Recurso Especial 1.183.378/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 25 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp?livre=%28uni%E3o+e+est%E1vel+e+homoafetiv>>

a+e+casamento+e+STF+%29+E+%28%22Quarta+Turma%22%29.org.&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 28 mar. 2012.

Supremo Tribunal Federal, ADI 4.277 e ADPF 132. Rel. Min. Ayres Britto. Julgado em: 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 29 fev. 2012.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, AC 1.0481.08.087969-7/001, Rel. Des. Geraldo Augusto. 1ª Câmara Cível. Julgado em: 27 de abril de 2010). Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=21>>. Acesso em: 27 mar. 2012

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível 731/1989. 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Narcizo Pinto, j. 08/08/1989. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?page=4&&idJurisAssunto=25>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

_____. AC 2006.001.49088, 12ª Câmara Cível. Relator: Des. Binato de Castro. Julgado em: 14 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=000306FAEC6C4A203812054F6B4216B5EEDABAA8C35C4A14>> . Acesso em: 27 mar. 2012.

_____. Apelação 0007252-35.2012.8.19.0000. Relator: Des. Luiz Felipe Francisco. Julgado em: 17 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 599.075.496. Relator: Breno Moreira Mussi. Julgado em 17 jun. 1999. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

VARGAS, Fábio de Oliveira. *União Homafetiva*: Direito Sucessório e Novos Direitos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.