



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Possibilidade de a União Homoafetiva ser reconhecida como Casamento Civil

Danielle Lima da Rocha

Rio de Janeiro
2012

DANIELLE LIMA DA ROCHA

Possibilidade de a União Homoafetiva ser reconhecida como Casamento Civil

Artigo Científico apresentado
como exigência de conclusão de
Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola de Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Prof^ª. Mônica Areal

Prof^ª. Néli Luiza C. Fetzner

Prof. Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2012

POSSIBILIDADE DE A UNIÃO HOMOAFETIVA SER RECONHECIDA COMO CASAMENTO CIVIL

Danielle Lima da Rocha

Graduada pela Universidade
Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: Com o decorrer do tempo os costumes vêm influenciando nas decisões dos Tribunais e nas casas legislativas. Uma prova de que o Direito é pautado nas relações estabelecidas pela sociedade é a recente decisão pelo Supremo Tribunal Federal sobre a União Estável homoafetiva, decidindo o plenário pela aprovação da união entre casais do mesmo sexo. Contudo, ficou adstrito apenas à União Estável, tal direito não foi estendido para o Casamento Civil e ainda não foi apreciado pela Suprema Corte. O Objetivo desse trabalho é fazer uma análise sobre a possibilidade de se estender à União Estável homoafetiva o Casamento Civil e tecer comentários sobre os efeitos de um casamento civil homoafetivo.

Palavras-chave: Família. Casamento Civil. União Estável. Casais Homoafetivos.

Sumário: Introdução. 1. União Estável Homoafetiva. 1.1. Omissão Legislativa. 2. Conversão da União Estável em Casamento. 3. Efeitos do Casamento na União homoafetiva. 3.1 Procriação Homossexual. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a apresentar informações sobre a possibilidade de conversão da União Estável homoafetiva em Casamento Civil, em observância aos princípios constitucionais, jurisprudências e posições doutrinárias.

A Constituição Federal de 1988 tem um rol extenso de direitos e garantias fundamentais, o caput do art. 5º traz os principais direitos que devem ser aplicados a todos, como o direito à vida. Porém, quando se fala em direito à vida, não está ligado apenas ao direito de viver, mas também o direito de ter uma vida digna, um tratamento que vise uma igualdade material a todos, independente de suas opções sexuais.

Essa igualdade material não vem sendo aplicada aos homossexuais, os quais vêm sofrendo forte preconceito, uma discriminação que torna a vida em sociedade insuportável, tanto é assim que muitos evitam se assumirem por puro medo da reação da família e de todos

a sua volta. Essa discriminação se torna mais difícil por não haver legislação que regulamente e possibilite a convivência entre casais do mesmo sexo, como o próprio casamento civil.

O legislador ainda não trouxe qualquer amparo ou proteção para a situação em questão. Os tribunais passaram a fazer uso da analogia para dar um tratamento mais digno e de igualdade aos casais homoafetivos. O Supremo Tribunal Federal, em recente julgado, proferiu decisão sobre a possibilidade de União Estável entre casais do mesmo sexo, porém não lhes foi dado o Direito ao Registro Civil do Casamento.

O presente trabalho esclarecerá que a União Estável difere do Casamento Civil e que há necessidade de regulamentação sobre as uniões entre casais homoafetivos. Por isso, a concessão apenas da união estável para os homoafetivos continua a trazer insegurança a essas relações.

O art. 1.726 do Código de Civil prevê a possibilidade de conversão da União Estável em casamento, a questão cinge-se em saber se pode ser aplicado esse dispositivo legal para as uniões homoafetivas. O trabalho abordará esse aspecto e isso precisa ser analisado ponto a ponto, pois em sendo aplicado às uniões estáveis homoafetivas, estaria então permitido, de forma indireta, o casamento civil dos casais homossexuais.

É notório que tanto o casamento como a família se misturam conceitualmente, tanto é assim que pelas convivências entre casais, mesmo sem o devido Registro Civil, são considerados família pois, de fato, estão dentro do conceito de entidade familiar previsto na Constituição Federal. Hoje, não é mais restrito que para existir família necessita-se exclusivamente de homem e mulher, a jurisprudência, agora consolidada pela Suprema Corte, entende que deve ser dada uma interpretação conforme a constituição, considerando como entidade familiar casais do mesmo sexo e por isso devem ter seus direitos reconhecidos decorrente da União Estável em que vivem.

O presente trabalho procura justamente trabalhar a possibilidade da extensão da união estável homossexual para o casamento civil regulamento pelo Código Civil Brasileiro. São diversos os efeitos que tal extensão causaria, o que traria maior segurança jurídica para essas relações.

1. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Não há como falar em Direitos dos Homossexuais sem antes fazer uma prévia sobre os

Direitos e Garantias fundamentais previstos na Carta Magna. O fundamental princípio que norteia o Direito Brasileiro é o da dignidade da pessoa humana, tratado no art. 3º, IV, da CRFB, onde vem claro ser objeto fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos sem preconceitos relacionados ao sexo.

Outro princípio importante que encabeça o art. 5º, da CRFB/88 é o direito à igualdade. É nele que muitas garantias estão pautadas, em que todos devem ser iguais perante a lei, independente de sua natureza.

A partir desses dois princípios basilares, pode-se sustentar que não deve haver distinção alguma entre uniões de casais do mesmo sexo. Fazer uma distinção seria estar em afronta à própria Constituição da República. Porém, é notório que ainda existe no país, dentro de cada ser humano, um resquício de preconceito, em razão de opiniões particulares pessoais, mesmo que não externem para o público, alguns não toleram determinadas religiões, outros não toleram determinados costumes. A prática do preconceito vive camuflada, até nos que dizem não serem preconceituosos, em alguma fase da vida todos já presenciaram situações em que envolvesse algum tipo de discriminação.

1.1 OMISSÃO LEGISLATIVA

Em razão do convívio em sociedade, o Direito tem que se amoldar às opiniões do povo e tentar dar cada vez mais um tratamento igualitário para todos. No entanto, a sociedade está sempre em modificação, seja em razão das novas tecnologias ou das simples mudanças da natureza, por isso as leis não conseguem acompanhar as novas adaptações do mundo moderno. O Legislador acaba por se omitir em determinados assuntos, é aí que entra o judiciário para tentar solucionar os conflitos enquanto não há lei prevendo a solução.

O Direito brasileiro não é só pautado na legislação, costuma-se aplicar a analogia para

situações em que a lei foi omissa. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro traz em seu art. 4º a possibilidade do uso dessa analogia e, também, aplicação de princípios em tais situações.

Em diversos pontos o legislador queda-se inerte e cada vez mais o judiciário faz uso da analogia para a resolução dos conflitos. São inúmeros os casos em que o legislador não aponta claramente o que deve ser aplicado no Direito, foi o que aconteceu com os servidores públicos que por anos deixaram de fazer greve por não ter esse Direito regulamentado. Muitos estão sem exercer seus direitos fundamentais previstos pela Carta Magna, em razão da inércia do Poder Legislativo.

Os homossexuais são apontados pela sociedade de forma preconceituosa e, talvez por isso, o Poder legislativo ainda não tomou uma providência acerca da efetivação desses direitos. Apesar de existirem projetos de lei que tramita na casa legislativa, não há previsibilidade de quanto tempo mais terá que se esperar pela edição da norma, o projeto é datado de 2001, já se tem mais de dez anos com injustiças no judiciário em razão da demora de regulamentação.

Enquanto não sai norma específica, fica-se à mercê do judiciário para decidir de forma análoga sobre os direitos sucessórios, previdenciários, adoção, divisão de bens comprados em comum, entre outros direitos aos homoafetivos. O que acontece é que não há dispositivos que os trate especificamente, o que traz insegurança jurídica, pois fica a critério do juiz decidir, no caso concreto, o que seria melhor aplicado. Em razão disso, há decisões completamente diferentes, uma concedendo direitos e outras restringindo. Nota-se, com isso, que a solução do conflito nem sempre será justa.

Em razão de um processo legislativo dificultoso, fica mais demorada a aprovação das normas. O Código Civil é relativamente novo, foi aprovado em 2002, mas, mesmo assim, não trata da matéria. Isso pode ocorrer em razão de ele ter começado a ser discutido em 1970,

época em que não era muito comum ver casais homossexuais como se vê nos dias atuais, quem sabe naquela época não fosse tão necessário vir contido em texto expresso a convalidação dos Direitos homoafetivos, os próprios homossexuais se assumiam bem menos, a sociedade não os aceitava tanto quanto hoje.

Em razão da mudança das opiniões e à luta dos homossexuais para verem seus direitos admitidos, foi que em recente julgado o Superior Tribunal Federal¹ prolatou decisão em que passou a admitir a união entre casais do mesmo sexo como União Estável, permitindo que se fizesse uma interpretação conforme do art. 226, §3º da CRFB², onde admite como entidade familiar não só casais formados por homem e mulher mas também casais homossexuais.

Importante ressaltar que, não se deve confundir a União Estável com o Casamento Civil, além de estarem em dispositivos distintos no Código Civil, têm tratamento diferenciado em relação aos seus efeitos. O que o Supremo decidiu foi dar uma interpretação conforme à Constituição de forma a permitir que entidades familiares constituídas por casais homoafetivos tenham seus direitos amparados como se uma União Estável fosse. Não se falou em casamento civil.

O Código Civil trata da União Estável diferentemente do Casamento Civil, tanto para os efeitos sucessórios, quanto para a própria separação conjugal. A União Estável em muitos dispositivos tem aplicação parecida com o do casamento civil, a partir daí começam os conflitos, pois se foi dada uma interpretação conforme à constituição para entender que onde dispõe como entidade familiar, homem e mulher, poderia ser, também, pessoas do mesmo sexo. Na verdade é trocar a expressão homem e mulher, previsto no art. 226, §3º da CRFB, por homem e homem ou mulher e mulher.

¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal – RE 477554 – SEGUNDA TURMA. Min. Celso de Mello. Julgamento em: 16.8.2011. Publicado no DOU de 26.8.2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>

² Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Contudo, essa interpretação foi dada apenas no que concerne ao art. 226, §3º da Constituição da República. O Código Civil em vários dispositivos traz a expressão homem e mulher, então poderia ser aplicado em todos os referidos dispositivos do CC esse mesmo entendimento?

Faz-se um raciocínio lógico, se agora na Constituição Federal se lê que é reconhecida União Estável entre casais do mesmo sexo, logo no CC tudo que for relativo à União Estável (homem e mulher) também se refere à União Estável Homoafetiva. Mas, e no que tange ao Casamento Civil? Algumas regras do casamento civil são aplicadas à União Estável, agora também no Casamento Civil será possível ler homem e homem ou mulher e mulher?

Seria aplicada uma interpretação extensiva para entender que o que foi decidido pelo Tribunal também seria aplicado para o casamento. Mais uma vez estará presente a insegurança jurídica, cada juiz aplicará do jeito que lhe convém, alguns por entender que agora todos os efeitos do casamento civil se estendem aos homossexuais e outros aplicando positivamente a norma civil e não concedendo direitos aos homoafetivos.

Hoje, expressamente previsto em lei, há a Constituição Federal que permite a União Estável e prima o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a decisão do STF que aplica a interpretação conforme do art. 226, §3º e temos o Código Civil que trata da União Estável e do Casamento Civil.

Conforme já dito acima quanto à Constituição Federal e quanto à decisão do STF, não há dúvidas de que foi permitida a União Estável Homoafetiva. Porém, continuará sendo usada a analogia para aplicar as normas do Casamento Civil para a União Estável, já que só a união estável foi concedida.

Em razão dessa insegurança, os casais procuram o uso de outro ramo do Direito para se socorrerem, que não o do Direito de Família, costuma-se fazer contratos sociais para verem seus Direitos admitidos. A omissão legislativa não pode fazer com que as minorias sejam

punidas, por isso o ordenamento jurídico prevê o uso da analogia, caso contrário a omissão tanto da lei quanto do judiciário estaria dando ensejo à vedação à inafastabilidade do poder jurisdicional.

Isso se dá em razão de não haver lei que preveja, bem como não há vedação, portanto é possível ser feito um contrato entre o casal, concedendo direitos, impondo deveres, até os deveres do art. 1.566, do CC³. Pois se não for assim, o casal não teria direitos e nem poderia socorrer-se ao judiciário, ferindo a vedação constitucional da inafastabilidade do poder jurisdicional.

A Professora Maria Berenice Dias⁴ fala, ainda, em enriquecimento sem causa, afirma que “ter como juridicamente impossíveis pretensões de caráter patrimonial é chancelar o enriquecimento sem causa dos parentes, em prejuízo de quem, muitas vezes, dedicou a vida a outrem e participou do acervo de bens”.

Alguns juízes deixavam de conhecer a União entre esses casais sob o fundamento de que inexistia regulamentação legal, então extinguíam o processo sem resolução de mérito por carência de ação, não havia possibilidade jurídica do Pedido, com o passar do tempo as jurisprudências foram alterando esses entendimentos.

Agora com a citada decisão do STF ficou claro que a União Estável entre casais do mesmo sexo é possível, não há dúvidas quanto a possibilidade de ser considerado família casais homoafetivos. Portanto, não se pode mais deixar de julgar sob a alegação de falta de carência da ação.

Tal decisão foi um avanço jurisprudencial, mas, ainda há questões que não contêm regulamentação, por isso a omissão legislativa gera essa imensa insegurança jurídica.

³ Código Civil Brasileiro. Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e consideração mútuos.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 204.

2. CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO.

Uma vez configurada a União Estável, preenchidos os requisitos exigidos em lei para concepção da União Estável, é possível a sua conversão em casamento civil. O Art. 226, §3º, da Constituição Federal, dispõe que cabe à lei facilitar a conversão da União Estável em Casamento.

Por sua vez, veio a Lei 9278/96 para regulamentar o referido dispositivo constitucional e em seu artigo 8º, dispõe o seguinte: “Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.”

Para confirmar, ainda há o artigo 1.726, do CC que permite a respectiva conversão e se refere que bastaria o pedido ao juiz e assentamento no Registro Civil. Assim, a conversão da União Estável em casamento pode se dar mediante um mero requerimento ao Oficial do Registro Civil.

Conforme já mencionado anteriormente neste artigo, foi dada pelo STF interpretação conforme à Constituição Federal para considerar possível a União Estável entre casais Homoafetivos, a partir dessa premissa, se foi concedida a União Estável Homoafetiva e esta deve ser considerada para todos os efeitos como sendo União Estável Heterossexual, então seria possível estender às Uniões Homoafetivas essa conversão? Ocorreria, portanto, um casamento civil entre casais do mesmo sexo?

Se a resposta for positiva, o efeito da decisão que concedeu a possibilidade de União Estável aos Homoafetivos na verdade, indiretamente, acabou concedendo também o casamento civil, pois se quem já possui União Estável pode requerer a conversão em casamento civil, também seria possível estender esse efeito aos casais do mesmo sexo e esse pedido de conversão perante o Registro Civil tornaria obrigatório o seu deferimento.

Esse entendimento já vem sendo adotado por alguns cartórios, que estão concedendo a conversão da União Estável Homoafetiva em casamento civil. Porém, alguns ainda relutam, pois não há dispositivo legal permitindo de fato a conversão no que tange aos homoafetivos e, por isso, acabam recorrendo ao Poder Judiciário para terem certeza sobre a possibilidade ou não dessa conversão.

Na realidade, depois da decisão do STF na ADI 4277 e ADPF 132, não há dúvidas de que a intenção do STF é de conceder não só a União Estável homoafetiva, como também o Casamento Civil, apesar de nessa decisão o Supremo não mencionar sobre o Casamento Civil, a decisão foi fundamentada no sentido de privilegiar o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da não discriminação. Não conceder essa conversão seria ferir o próprio princípio da não discriminação.

Uma das alegações dos que se negam a aplicar essa conversão é a falta de legislação específica sobre o tema. Realmente ainda não existe legislação especificando as regras sobre o Casamento Civil entre Homoafetivos, porém, não se pode evitar este casamento sob o argumento de falta de disposição legal, pois estaria afrontando os princípios garantidos pela Carta Magna.

O art. 1521, do CC traz quais as hipóteses em que não será permitido o casamento e, neste dispositivo, não há proibição alguma no que tange ao casamento entre casais do mesmo sexo. Conclui-se, portanto, que não há vedação legal e com a nova decisão do Supremo teríamos um indício de permissão.

A falta de legislação faz com que alguns Cartórios hesitem em conceder a referida conversão, o que leva os casais a terem que recorrer ao poder judiciário. Nota-se, neste ponto, mais uma vez o poder judiciário “legislando”, a falta de dispositivo legal faz com que diversas decisões nesse sentido sejam dadas, decisões concedendo a conversão e decisões negando a conversão, gerando insegurança jurídica.

A 8ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro recentemente prolatou decisão permitindo a respectiva conversão, mas no juízo de primeiro grau a resposta ao pedido foi contrária, segue ementa do julgado:

Procedimento de jurisdição voluntária. Relação homoafetiva. Conversão de União Estável em Casamento. Presença dos requisitos legais. Precedentes Jurisprudenciais. 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 e 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 recurso⁵.

Nota-se na ementa do julgado que a decisão de primeiro grau negou a conversão da União Estável Homoafetiva em Casamento, os autores tiveram que recorrer ao órgão *ad quem* para terem seu pedido julgado procedente no sentido de permitir a conversão.

Mostra-se a necessidade de ter legislação específica sobre o assunto, justamente para evitar decisões diversas para situações semelhantes. Não é justo uns concederem o casamento civil homoafetivo e outros ainda se negarem a dar a efetiva conversão.

Além da omissão legislativa, outra alegação dos que entendem não ser possível a união entre casais do mesmo sexo é a possibilidade de procriação. A alegação não tem muita relevância jurídica nos dias atuais e pode ser rebatida facilmente, alguns casais heterossexuais também se veem impedidos de ter filhos em razão de esterilidade do cônjuge varão, entre outros motivos.

Para constituir família não precisa existir filhos, sequer precisa ter presente os dois pais, pois temos as famílias monoparentais constituídas apenas por um dos pais e o filho. Um

⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0007252-35.2012.8.19.0000. Oitava Câmara Cível. Desembargador Luiz Felipe Francisco. Julgamento em: 17.4.2012. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 18 jun 2012.

casal sozinho já constitui família, a alegação de impossibilidade de procriação não impede de forma alguma a constituição de família.

Negar o casamento civil entre homossexuais sob esse argumento seria atentar contra a dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade real. O Superior Tribunal de Justiça afirmou que:

A concepção constitucional do casamento deve ser necessariamente plural, porque plurais 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.⁶

A referida decisão deixa claro que hoje não existe apenas um tipo de família, qual seja, homem, mulher e filhos, mas sim diversos tipos de famílias. No CC de 1916 é que se falava em constituição de família apenas pelo casamento, tanto era assim que até os filhos concebidos fora do casamento tinham tratamento diferenciado dos filhos advindos da relação conjugal.

Com a Constituição de 1988 esse perfil de família se modificou, “não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação⁷” e o novo CC deixou de dar tratamento diferenciado a determinadas famílias, até mesmo em razão do princípio da isonomia.

Fala-se hoje em famílias parentais, monoparentais, pluriparentais, homoafetivas, entre outras. Enfim, se diversas são as famílias, não se pode aplicar o Código Civil de forma restritiva, de maneira a possibilitar apenas o casamento civil entre homem e mulher e vedar, indiretamente, o casamento homoafetivo, se o CC e a CRFB não trouxe vedação alguma, não pode o intérprete fazê-lo.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1183378/RS. QUARTA TURMA. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 25.10.2011. Publicado no DOU em 1.2.2012. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>

⁷ DIAS, op. cit., p. 42.

3. EFEITOS DO CASAMENTO NA UNIÃO HOMOAFETIVA

Conforme explorado no item anterior, a conversão da união estável homoafetiva em casamento já vem sendo permitida por alguns juízes e o próprio STJ já concedeu a referida conversão em julgado com relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão citado no tópico anterior.

Contudo, ainda existem cartórios que se negam a conceder essa conversão o que torna forçoso ao casal recorrer ao judiciário. Manter apenas a União Estável homoafetiva sem fazer a conversão enseja em resultados práticos distintos ao casal, pois o casamento civil tem efeitos diferentes da União Estável.

O objetivo do legislador em manter a diferença entre o casamento civil e a união estável foi para prestigiar o casamento, pois se concedesse tratamento idêntico, o casamento perderia seu objeto, já que apenas convivendo maritalmente poderia ensejar direitos e deveres conjugais, patrimoniais, entre outros.

Sabe-se que não são idênticos os institutos e as diferenças primordiais estão na sucessão, seus efeitos são diversos para o casamento civil e para a união estável, o legislador foi mais generoso com os casados do que com os companheiros em alguns aspectos.

O regime da comunhão parcial de bens é o regime aplicado aos companheiros, salvo contrato escrito, assim dispõe o art. 1725, do CC. A união estável, na grande maioria, se dá em decorrência de um convívio marital, onde o casal não se preocupou inicialmente em estabelecer qualquer contrato acerca do regime de bens, sequer se preocupou em casar-se, por isso, na maioria das vezes o regime aplicado é o de comunhão parcial de bens.

Com isso, ao comparar o art. 1790 com o art. 1824, ambos do CC, percebe-se que ao cônjuge foi dado tratamento diferenciado em relação à sucessão quando estiver diante do regime da comunhão parcial de bens. Enquanto o cônjuge tem direito à herdar os bens

constituídos fora da meação (bens particulares), o companheiro não tem, ou seja, quanto aos bens adquiridos não onerosamente na vigência da união estável, o companheiro não herdar.

Assim, para exemplificar, João e Antônio vivem juntos matrimonialmente, João herdou de seus pais uma mansão, ou seja, é um bem particular que não se comunica a Antônio. Com a morte de João, o seu companheiro Antônio não terá direito a herdar a referida mansão, pois cabe a este herdar apenas os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, conforme art. 1790, do CC. Porém, se o casal tivesse casado pelo mesmo regime de comunhão parcial de bens, Antônio teria direito à herdar a mansão, pois seria herdeiro necessário.

Além disso, tendo em vista que o cônjuge é herdeiro necessário, este terá direito à metade dos bens da herança. Portanto, o cônjuge, ao proferir testamento, terá que reservar 50% ao herdeiro necessário. Já na união estável não há essa reserva, pois o companheiro não é herdeiro necessário. Assim, o companheiro poderá deixar sua herança completa para quem quiser e deixar o companheiro sem nenhuma parte na herança.

Destarte, que além de o companheiro já não ter direito de herdar a parte dos bens particulares, também poderá não herdar a meação do companheiro quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento se assim testar o *de cujus*.

Outra situação a ser verificada é se o companheiro já tivesse falecido e em decorrência de sua morte fosse ajuizada ação de reconhecimento de união estável para justamente suceder ao patrimônio adquirido onerosamente pelo casal. Observa-se que nesse caso o companheiro não poderá pedir a conversão da união estável em casamento, pois seu companheiro já estará morto e a conversão precisa de pedido de ambos. Assim, o companheiro sobrevivente será obrigado a herdar de acordo com as regras referentes à União Estável e não as regras referentes ao casamento, portanto, não poderá herdar os bens particulares do seu companheiro.

No STJ, em decisão da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, foi concedido após a morte do companheiro o reconhecimento da União Estável entre o casal homoafetivo, no respectivo julgado há a afirmação de que o companheiro só herdará os bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável.⁸

Existem outras diferenças a serem tecidas dentro do instituto da sucessão em relação ao cônjuge e o companheiro, o tema pode ser objeto de um artigo científico específico. Contudo, o objetivo aqui foi tecer apenas breve comentário, já que este não é o ponto crucial deste trabalho.

Não é somente na sucessão que temos distinção entre o cônjuge e o companheiro, há ainda a questão do sobrenome, teria o companheiro homoafetivo direito de adquirir o sobrenome do seu companheiro?

A lei de registros públicos permite o uso do sobrenome também para uniões estáveis (art. 57, §2º, da Lei 6.216), a tendência é que seja feita essa extensão também para os casais homoafetivos.

Observa-se que a conversão da união estável em casamento possui aspectos distintos e não se trata apenas de efeitos teóricos, mas sim efeitos práticos que repercutirão gravemente na vida do companheiro.

3.1 PROCRIAÇÃO HOMOSSEXUAL

⁸ “DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA POST MORTEM. DIVISÃO DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO AO LONGO DO RELACIONAMENTO. EXISTÊNCIA DE FILHO ADOTADO PELO PARCEIRO FALECIDO. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM. [...] 4. Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem a ocorrência dos impedimentos do art. 1.521 do CC/02, com a exceção do inc. VI quanto à pessoa casada separada de fato ou judicialmente, haverá, por consequência, o reconhecimento dessa parceria como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos. 5. Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, em nome de um apenas ou de ambos, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos, é presumida. 6. Recurso especial não provido.” STJ - REsp 1199667/MT. TERCEIRA TURMA. Rel. Ministra Nancy Andrighi. julgado em: 19.5.2011. Publicado no DJe em: 4.8.2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 20 jun 2012.

Um caso interessante a ser observado é o que corresponde aos filhos do casal homoafetivo. Hoje, com o avanço da medicina existe uma gama de possibilidades de gerir filhos que não seja pelo método convencional de intercuro sexual.

Além disso, cada indivíduo da relação homossexual pode ter seu filho sozinho, sem a intervenção do companheiro. A confusão se dá em caso de separação ou morte do genitor(a), pois em tese seu companheiro não é pai ou mãe biológico(a), apenas ajudou na criação da criança.

Caso semelhante foi o que ocorreu com uma cantora conhecida, que ao falecer deixou um filho menor o qual criava junto com sua companheira. A guarda deste menor foi objetivo de ação judicial entre a companheira e o avô da criança. O Poder Judiciário ao analisar a questão priorizou o interesse do menor e concedeu a guarda à companheira.⁹

Existem métodos de procriação assistida para, justamente, possibilitar que homens estéreis ou mulheres inférteis possam ter filhos. A medicina traz duas espécies mais usuais de procriação artificial assistida, que são a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial.

Quanto a um casal homossexual masculino tanto a inseminação artificial quanto a fertilização *in vitro*, ambos na verdade só poderão ter material genético de um deles, pois será usado o sêmen para ou inseminar outra mulher ou fecundar em tubo de ensaio e posteriormente inseri-lo no útero materno. Nota-se que só será pai biológico um homem do casal.

Quanto ao casal homossexual feminino, a situação pode se alterar em se tratando de fertilização *in vitro*. Isso porque uma mulher pode usar seus óvulos para a fecundação com o sêmen no tubo de ensaio e posteriormente inserir o zigoto no útero da companheira. Teríamos aí uma mulher que carregou o filho em seu ventre e outra que doou seus óvulos.

⁹ DIAS, Maria Berenice (Coord). Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 363.

O art. 1597 do CC dispõe sobre a presunção *pater is est*, onde presume-se que os filhos concebidos durante o casamento é do marido da mulher, hoje com a decisão vinculante do STF a interpretação desse dispositivo estende-se para casais homossexuais. Ao aplicar esse dispositivo para uma união estável homossexual já convertida em casamento, o filho concebido durante o casamento seria presumidamente filho do casal.

No que tange à união estável não há essa previsão de presunção de paternidade, o legislador ao tratar da respectiva presunção deixou de referir-se também à união estável, preferiu falar em casamento. Isso repercutirá em casos de separação ou morte do companheiro(a), pois caso a companheira que resolveu gerir a criança morra durante o parto, o filho sequer terá vínculo afetivo com a outra companheira.

O casal em união estável terá que recorrer ao poder judiciário, já que não há essa presunção *pater is est*. De qualquer forma, em razão da omissão legislativa, os casais homoafetivos acabam por, também, recorrer ao judiciário para constar no registro civil o nome dos dois pais ou das duas mães.

Já há decisões do judiciário nesse sentido. Na 1ª Vara de Família da Comarca de Recife foi prolatada sentença concedendo ao casal homoafetivo masculino a inserção de seus nomes como pais na certidão de nascimento de filha concebida por meio de fertilização *in vitro*¹⁰, a decisão foi prolatada no dia 28 de fevereiro de 2012, portanto, relativamente recente.

Não precisou haver decisão vinculante do STF para se concretizar a inserção do nome do casal homoafetivo na certidão de nascimento, antes mesmo já havia decisão do Rio Grande do Sul, 8ª Vara de Família, a qual, além de reconhecer a união estável entre duas mulheres, também permitiu que as filhas fossem registradas em nome das duas.¹¹

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Disponível em: <<http://www.jurisciencia.com/pecas/integra-da-decisao-judicial-inedita-que-concedeu-a-casal-homossexual-dupla-paternidade-de-bebe-fertilizado-in-vitro-tjpe-clicerio-bezerra-e-silva/898/>>. Acesso em 25 jun. 2012.

¹¹ SOUZA, Mariza Cunha de. Os casais Homoafetivos e a Possibilidade de Procriação com a Utilização do Game ta de um deles e de Técnicas de Reprodução Assistida. Rio de Janeiro: Revista EMERJ, v.13 – N.52. 2010, p. 162.

Nota-se que a falta de legislação para regulamentar a união homoafetiva tem como consequência a total insegurança jurídica. Há décadas já se tem notícia de casais homoafetivos e somente em 2011, com a decisão do STF é que passou-se a admitir a união estável entre casais do mesmo sexo. Isso se dá não só por razões jurídicas, mas principalmente em decorrência do preconceito ainda existente na sociedade.

Até o momento não foi implementada nenhuma lei regulamentando a união estável entre casais do mesmo sexo. Por esta razão, reina a insegurança jurídica nesse ramo do Direito, o Poder Legislativo está cercado de omissões quanto ao tema, espera-se uma atitude do Poder Judiciário para se ter um resultado prático, porém, nem sempre os resultados são justos e de acordo com a dignidade da pessoa humana.

A existência de uma legislação para abarcar o tema, traria maiores fundamentos para a matéria, a conversão da União Estável Homoafetiva em Casamento Civil tem que ser definida por meio de lei e não ficar a critério de cada juiz decidir o tema, pois, infelizmente, ainda está presente na sociedade resquícios de preconceito e, por isso, alguns Cartórios não estão convertendo a união estável dos homoafetivos em casamento.

CONCLUSÃO

Há algum tempo a homossexualidade não era admitida de forma alguma e até era considerada como doença no âmbito da medicina. Com o passar dos anos, a sociedade foi aceitando mais esse modo de vida, mas ainda existem pessoas preconceituosas que não aceitam a união entre casais do mesmo sexo.

Em razão desse resquício de preconceito presente na sociedade, é que os homossexuais ainda não são totalmente protegidos pela legislação. Apesar de a Constituição da República trazer em seu texto princípios que buscam preservar a dignidade da pessoa

humana e a liberdade de escolha, o Poder Legislativo ainda não se manifestou sobre a possibilidade do casamento entre casais do mesmo sexo. Existe projeto de lei tramitando desde de 2001, porém este ainda não foi aprovado, enquanto isso os casais homoafetivos ficam à mercê do poder judiciário que nem sempre adota as mesmas posições, o que acarreta insegurança jurídica dentro do tema.

Hoje a concepção de família não é mais a mesma, não se trata apenas de homem e mulher, existem famílias monoparentais, famílias homoafetivas, dentre outras. O legislador tem que se adaptar as mudanças sociais e não se omitir aos novos conceitos de família, é por causa dessa omissão que os homossexuais estão com seus direitos desprotegidos.

O Poder Judiciário procura proteger essas minorias para ver garantido o direito de todos, foi exatamente isso que o Supremo Tribunal Federal fez ao admitir a união estável entre casais do mesmo sexo com base em princípios constitucionais. Porém, não houve decisão no sentido de permitir a conversão da união estável em casamento, mas conforme apreciado nesse artigo observa-se que a intenção do STF é de permitir tal conversão.

Por isso, algumas decisões judiciais já são no sentido de permitir a referida conversão, mesmo não existindo lei sobre o assunto. Contudo, o Poder Legislativo não pode deixar de atuar sobre as peculiaridades do casamento civil entre casais do mesmo sexo, pois na prática afeta demasiadamente a vida dos que optam por uma união homossexual.

Para privilegiar o princípio da igualdade, todos devem ser iguais perante a lei, sem distinção alguma, portanto merecem todos terem seus direitos preservados e devidamente regulamentados. Enquanto isso não ocorrer os casais homoafetivos ficarão cerceados de seus direitos.

Percebe-se com esse trabalho que a união homoafetiva faz parte da realidade atualmente, a sociedade muda e em razão das mudanças as legislações têm que fazer o devido acompanhamento, pois caso contrário haverá insegurança jurídica.

O casamento civil de uniões entre casais do mesmo sexo ainda não foi regulamentado, mas pelo que se nota, a tendência é de que seja aceito pelos tribunais, apesar de ainda não ser unânime, tanto o STJ quanto o STF tendem a aceitar o casamento civil entre essas pessoas e permitir a aplicação dos efeitos do casamento para os casais que vivem em união estável homoafetiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, DF, 5 de out. 1988.

BRASIL. Código Civil. *Código Civil e legislação civil em vigor*. Organização Antônio Luiz Toledo Pinto. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHAVES, Mariana. *Homoafetividade e Direito*. Curitiba: Juruá, 2011.

DIAS, Maria Berenice. (Coord). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *União Homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*, vol. 5: Direito da Família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

LOTTI, Paulo. *Parecer – Possibilidade da Conversão da União Estável 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: 19 jun. 2012.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NICOLAU, Gustavo Rene. *União Estável e Casamento: diferenças práticas*. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. 5: Direito de Família. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.