



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Constitucionalidade do Casamento Homoafetivo

Carolina Rodrigues Gimenes

Rio de Janeiro
2014

CAROLINA RODRIGUES GIMENES

A Constitucionalidade do Casamento Homoafetivo

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

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2014

A CONSTITUCIONALIDADE DO CASAMENTO HOMOAFETIVO

Carolina Rodrigues Gimenes

Graduada em Comunicação Social pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: Na sociedade pós-moderna o número de casais homoafetivos vem crescendo em quantitativo vertiginoso e o Direito não pode fechar os olhos a essa nova realidade social. É imperioso dar uma resposta às novas demandas, surgidas com a modificação do arquétipo de família. Neste cenário, o casamento homoafetivo deve ser reconhecido. Isso porque família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, nos termos do artigo. 226, *caput*, da Constituição Federal. Além disso, a Carta Magna, em seu artigo 1º, inc. III, erige à categoria de direito fundamental a Dignidade da Pessoa Humana. Nesse sentido, a afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa.

Palavras-chave: Família. Casamento homoafetivo. Possibilidade Constitucional.

Sumário: Introdução. 1. Evolução das famílias. 2. Possibilidade constitucional do casamento homoafetivo 3. Argumentos favoráveis ao reconhecimento do casamento homoafetivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo explorar as diversas facetas do reconhecimento da possibilidade jurídica do casamento homoafetivo, caracterizado como um fenômeno contemporâneo. Se justifica pelas grandes mudanças sociais nos

assuntos de direito de família, consubstanciadas no crescente aumento de casais homoafetivos que questionam a ordem jurídica por não encontrarem nela respaldo suficiente para exercerem plenamente seus direitos.

Para tanto, o presente artigo apresentará uma breve contextualização, seguida do primeiro capítulo, que tratará da evolução histórica do conceito de família no Código Civil de 1916, na Constituição Federal e no Código Civil de 2002. No segundo capítulo, discute-se a possibilidade jurídica do casamento homoafetivo. No terceiro capítulo serão trazidos argumentos favoráveis ao reconhecimento do casamento homoafetivo, quais sejam, a entidade familiar independe de prole para merecer proteção do Estado; as minorias também possuem direitos que devem ser tutelados; laicidade do Estado Brasileiro; o §3º do art. 226 da CR/88 e o art. 1723 do CC/02 não impedem o casamento homoafetivo; a teoria da inexistência jurídica do casamento civil homoafetivo como burla a regra segundo a qual não há nulidade sem texto, decorrente do art. 5º, inc. II, da CR/88; a falta de proibição expressa ao casamento homoafetivo no ordenamento jurídico brasileiro; princípios da liberdade e da igualdade – vedação ao preconceito; direito à busca da felicidade como postulado constitucional implícito que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana – art. 1º, inc. III, da CR/88; o afeto como novo integrante do conceito de família pós-moderna – família democrática e se já é reconhecida a união estável homoafetiva como instituição familiar, a possibilidade jurídica do casamento homoafetivo é um imperativo.

Por fim, pretende-se demonstrar, ao final deste trabalho, que o casamento homoafetivo é amparado pela ordem constitucional.

CONTEXTUALIZAÇÃO

A família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. É o que reza o art. 226, caput, da Constituição Federal. Mais adiante, a CR/88, em seu §3º, especifica que para efeitos dessa proteção, a entidade familiar formada pela união estável entre homem e mulher é reconhecida, sendo, ainda, assegurada a facilitação da conversão dessa união em casamento.

Além disso, a Carta Magna, em seu art. 1º, inc. III, erige à categoria de direito fundamental a Dignidade da Pessoa Humana. Nesse sentido, a afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa.

Para o casal homoafetivo, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. - A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.

Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

Sendo certo que na sociedade pós-moderna o número de casais homoafetivos vem crescendo em quantitativo vertiginoso, o Direito não pode fechar os olhos a essa nova realidade social e deve dar uma resposta às novas demandas surgidas com a

modificação do arquétipo de família, especialmente quanto à adoção, à previdência, à união estável e, no que tange a este trabalho, ao casamento.

Nesse novo tipo de família, se a ela se aplica a proteção do Estado, e se os sujeitos são titulares de direitos constitucionais, como efetivar tal proteção?

O exercício pleno da verdadeira identidade dos indivíduos consolida, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica.

Diante da problemática do reconhecimento e os efeitos sociais do casamento homoafetivo, tendo em vista que a família ganhou uma nova dimensão, retratando a busca da realização pessoal de seus membros, ultrapassando o aspecto biológico que era determinante em uma etapa anterior, o presente estudo tem por objetivo explorar as diversas facetas do tema, caracterizado como um fenômeno contemporâneo.

Enfim, demonstrar-se-á que não são poucos os argumentos constitucionais que justificam a possibilidade de casamento homoafetivo.

Serão abordadas no presente estudo, inclusive, exemplos de concessão de tratamento aos homoafetivos similar ao dispensado aos casais heteroafetivos em áreas como Direito Eleitoral (reconhecimento de uniões homoafetivas como entidade familiar para fins de inelegibilidade eleitoral – art. 14, §7º), Direito Penal (aplicação da Lei Maria da Penha para casais homoafetivos do gênero feminino), do Direito Previdenciário (com concessão de benefícios ao companheiro homoafetivo) e também do Direito Civil (partilha de bens, direito sucessório, direito real de habitação, etc.).

Além disso, serão trazidas à baila jurisprudências acerca da adoção por casais homoafetivos, da possibilidade de retificação de registro civil em casos de

redesignação sexual, comentários acerca da ADPF 132, que erigiu à categoria de família a união estável formada por pessoas de mesmo sexo, e, principalmente, decisões judiciais concedendo o direito ao casamento a casais homoafetivos.

Para tanto, o presente estudo se dividirá em três capítulos, além da conclusão. No primeiro, constará uma breve evolução do conceito das famílias, sendo apresentada a idéia de família instituição, tratada pelo Código Civil de 1916, posteriormente renovada pelo conceito de família tratado pela CR/88 e, finalmente, a família democrática, trazida pelo Código Civil de 2002.

No segundo capítulo, será apresentado o casamento segundo a ótica constitucional. Este item será desenvolvido contrapondo-se argumentos contrários e favoráveis ao casamento homoafetivo.

Por fim, no terceiro capítulo serão apresentados posicionamentos jurisprudenciais sobre o tema, com especial destaque ao precedentes que possibilitaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Diante do exposto, pretende-se demonstrar, ao final deste trabalho, que os efeitos do reconhecimento do casamento homoafetivo estão amparados pela ordem constitucional.

1. EVOLUÇÃO DAS FAMÍLIAS

Para uma análise correta da evolução histórica do conceito jurídico de família não se pode esquecer que ela é uma entidade milenar, existente mesmo antes de se ter uma sociedade organizada como a temos nos moldes atuais.

Como entidade histórica, ela reflete em seu seio as mudanças ocorridas na sociedade. Ou melhor. A evolução das famílias se confunde com a própria evolução da sociedade.

Assim, reconhecer o perfil evolutivo da família ao longo da história significa adequá-lo ao momento social, econômico, cultural e político da época, para se buscar os porquês das transformações de cada fase. Esse perfil evolutivo é definido principalmente pelo relacionamento entre os membros da família, em especial entre o homem e a mulher, que são quem tradicionalmente “encabeçavam” cada grupo familiar. Este modelo, como será demonstrado mais adiante, está em mudança.

É importante se ter em mente que o Direito deve acompanhar a evolução da sociedade já que sua existência encontra seu fim nela. Ou seja, o Direito acompanha as mudanças sociais, pois é ele quem, em última análise, regula as relações que nela acontecem e, para tanto, deve andar no mesmo compasso.

Por isso, o estudo histórico-jurídico da família deve ser realizado para que se possa compreender os rumos que a sociedade toma, pois é ela que irá definir a atuação do direito.

Dessa forma, para efeitos deste estudo, far-se-á um recorte dos três momentos histórico-jurídicos em que a família brasileira apresentou as alterações mais significativas.

1.1 FAMÍLIA INSTITUIÇÃO - CÓDIGO CIVIL DE 1916

O advento do Código Civil de 1916 acabou por libertar o país das Ordenações do Reino, herança da Legislação Portuguesa ainda da época colonial. O citado diploma foi projetado na parte final do século XIX, traduzindo o rigorismo de

uma sociedade colonial, escravocrata, onde era legítima a desigualdade entre os homens e as mulheres, entre cônjuges, tendo a lei sido concluída em 1899. Tempo em que o Brasil havia se transformado, há poucos anos em República. Esta foi a primeira Legislação Civil Brasileira.

O Código de Beviláqua era patriarcalista, o homem ostentava a responsabilidade de mantenedor econômico, social, religioso e político da família, restando à mulher a submissão ao varão, às regras impostas pela sociedade da época. A união da família girava em torno do pai, que garantia a subsistência do grupo. A mulher era a administradora do lar, mas não possuía voz ativa dentro do núcleo familiar, cabendo-lhe apenas a criação e educação dos filhos. A esposa deveria consultar o marido sobre todos os seus atos. A mulher casada constava no rol dos indivíduos relativamente capazes.

O diploma civil de 1916 não permitia a dissolução do vínculo conjugal, tendo sido regulamentado posteriormente o “desquite”, o qual foi substituído pela separação judicial, Lei nº 6.515/77, que também criou a instituição do divórcio.

Sob a vigência da legislação da época, a família possuía uma finalidade patrimonial e somente a família matrimonializada possuía valor jurídico. Além disso, era dificultada a adoção e somente havia permissão ao reconhecimento de filhos quando não adulterinos ou incestuosos. O reconhecimento da adoção como instrumento formador de relação de parentesco só foi regulamentado através da Lei nº 3.133/57, no entanto, até 1977, o adotado só tinha direito a metade da legítima, quando em concurso com filhos ditos legítimos, em nítido detrimento do parentesco formado seja pela consanguinidade, seja pela afetividade.

Verifica-se que durante décadas a legislação brasileira protegeu a todo custo a instituição da família e os laços sanguíneos entre os parentes, vedando ou criando

empecilhos para a adoção e para a dissolução da relação conjugal, ignorando a importância do afeto em tais relações.

As uniões de caráter convivencial não eram consideradas pelo ordenamento jurídico à época do Código Civil de 1916, mas, por óbvio existiam pessoas convivendo como marido e mulher sem terem casado. A sociedade naquela época era extremamente preconceituosa e conservadora, portanto, essas pessoas estavam sujeitas a toda sorte de discriminações.

Enfim, o que proporcionou um rompimento com a ordem então vigente foi o advento da Constituição Federal de 1988. Mesmo com diversas alterações legislativas, na vigência do Código Civil de 1916 a única instituição reconhecida como familiar era a formada pelo casamento, enquanto a união estável e o concubinato eram rechaçados pelo legislador, e a adoção era deixada para segundo plano por meio de expressa diferenciação de tratamento entre os filhos sangüíneos e os adotados, sendo irrelevante juridicamente o afeto nas relações familiares.

A grande mudança ocorrida veio com o advento da Constituição Federal em 1988, que introduziu relevantes alterações no conceito de família e no tratamento dispensado ao instituto que é considerado como base da sociedade.

1.2 FAMÍLIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Não se pode perder de vista que em cada momento social a família assume diferentes valores e funções. Ou seja, é o fenômeno da permanente mudança, evolução.

Nesse contexto, a Carta de 1988 inaugurou um novo momento para a família. Desta vez, na linha de evolução da sociedade, os valores que passaram a nortear o

Direito de Família foram a Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, inc. III, CR/88), a Solidariedade Social e a Erradicação da Pobreza (art. 3º, CR/88) e a Igualdade Substancial (arts. 3º e 5º, CR/88).¹

Neste novo momento, cujo principal marco foi a Constituição Federal, foram editadas leis especiais garantidoras de direitos, relativas a separação judicial e ao divórcio, leis relativas a União Estável conferindo aos companheiros direitos a alimentos, a meação e a herança, a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069/90, a normatização do reconhecimento do filhos havidos fora do casamento, lei 8.560/92, dentre outras.

Em oposição ao modelo autoritário e patriarcal definido pelo Código Civil de 1916, o modelo de família depreendido do texto constitucional é fundado em preceitos como a igualdade, solidariedade e do respeito à dignidade da pessoa humana. A CR/88 dispensou um tratamento especial ao Direito de Família, reservando-lhe um capítulo em separado (Capítulo VII do Título VIII).

As transformações foram profundas. Ao mesmo tempo em que a nova Constituição confirmou normas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, como a gratuidade do casamento e a garantia de efeitos civis ao casamento religioso, inovou ao reconhecer como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, ao igualar o homem e a mulher na sociedade conjugal, e ao vedar a quaisquer diferenças de direitos, de qualificação ou de tratamento entre os filhos havidos na constância do casamento ou fora dele, ou por adoção.

A *lex fundamentallis* de 1988 conferiu preferência à unidade familiar formada pelo casamento (uma vez que estabelece que a lei deverá facilitar a

¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 9

conversão da união estável em casamento)², contudo não marginalizou outras formas de família, igualmente dignas de tutela jurídica. Assim, a família pode ser inclusive aquela proveniente do casamento, além de outras como a formada por união estável, nos termos do art. 226, §3º, CR/88. A família matrimonializada passou a não ser mais o único tipo de família tutelada pelo Direito.

Ao igualar o filho havido por adoção aos filhos de origem biológica e reconhecer como família a união decorrente do companheirismo, a Constituição Federal instituiu o afeto como formador da família, sem distinção aos laços decorrentes do casamento ou de sangue.

Após a promulgação da Constituição, diversos outros diplomas legais foram editados para regulamentar os novos parâmetros estabelecidos e deram efetividade aos seus preceitos, culminando com a edição do Código Civil de 2002.

1.3 FAMÍLIA DEMOCRÁTICA - CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 reiterou vários aspectos do texto constitucional. Primou pela expressa igualdade dos cônjuges no seio familiar, enterrando sem dúvidas o poder patriarcal, pela possibilidade da dissolução da sociedade conjugal por meio da separação e do divórcio; pela adoção, sem qualquer distinção entre os filhos biológicos e os adotados; pela regulamentação da união estável, bem como o reconhecimento de direitos decorrentes das relações concubinas.

Dessa forma, verifica-se que o *novel* diploma civil, em consonância com os preceitos irradiados pela Constituição Federal de 1988, trouxe à tona diversas modalidades de família: A família matrimonializada ,formada pelo casamento, a

² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1303

família monoparental, formada por apenas um dos genitores, a família anaparental, formada sem qualquer dos genitores, como por exemplo aquela constituída apenas pelos irmãos ou pelos tios e sobrinhos, a família mosaico, aquela formada pelos genitores guardiões, os novos cônjuges ou companheiros, bem como os filhos de um ou de outro ou ambos, a família convivencial por exemplo, a União Estável.³

Todas essas modalidades de família são, em verdade, gêneros da espécie família democrática. Que pressupõe justamente essa pluralidade de estruturas, sem previsão de hierarquia entre elas, tendo em vista que todas cumprem a finalidades a que se propõem: assistência mútua e solidariedade.

Fato é que o afeto é formador de quase todas as famílias citadas. Aliás, nenhuma espécie de vínculo pode ser deixada de lado. Assim, depreende-se do ordenamento jurídico pátrio, em especial da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, que o afeto, embora não expresso, transcendeu a figura de elemento ou origem da família, e se tornou um valor inerente às relações familiares e deve ser encarada como um princípio que se irradia por todo o Direito de Família.

Voltando brevemente no processo histórico, percebe-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tomada por valores iluministas, passou a influenciar as novas constituições da maioria dos Estados Democráticos de Direito, entre elas está a do Brasil.⁴

A partir desse momento, a afetividade e a dignidade da pessoa humana assumem novos contornos, agora ditados pelos direitos humanos. Inclusive, no Brasil,

³ VALADARES, Maria Goreth Macedo. *Os meus, os seus e os nossos: As famílias mosaico e seus efeitos jurídicos*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/pagina/322>>. Acesso em 30 set. 2014.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 10.

a Carta de 88 erigiu a dignidade da pessoa humana a fundamento deste Estado Democrático de Direito, consagrada no art. 1º, inc. III da CR/88.

Isso significa que todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado à luz desse fundamento, impondo uma releitura dos institutos de Direito Civil à luz dos princípios constitucionais, modificando a sistemática das relações privadas, propondo uma nova interpretação da família e das pessoas que a compõem. É o chamado Direito Civil Constitucional, que impõe às categorias jurídicas civilistas uma atuação de acordo com fundamentos constitucionais: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a solidariedade social (art. 3º, III) e a igualdade substancial.

Uma família constitucionalizada faz surgir uma visão democrática, em que o princípio da igualdade substancial prestigia todos os seus membros.

Assim:

A família tradicional apresenta-se como triplamente desigual: nela, os homens têm mais valores que as mulheres; os pais, maior importância que os filhos e os heterossexuais mais direitos que os homossexuais. Em contraposição ao modelo tradicional propõe-se atualmente o modelo de família democrática, onde não há direitos sem responsabilidades, nem autoridade sem democracia, e onde se busca pôr em prática o slogan outrora revolucionário: igualdade, liberdade, e solidariedade.⁵

A família autoritária cedeu lugar à família democrática, em que a dignidade dos membros é respeitada, incentivada e tutelada. A educação dos filhos deixou de ser imposição de valores para se tornar negociação e diálogo.

Como já dito, a Constituição de 1988 teve um papel fundamental nesse novo modelo familiar. Passou-se de um modelo familiar formalmente unido, hierarquizado e patrimonializado para um modelo flexível e instrumental, não fundado somente no casamento, mas também voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da

⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Net, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/97438907/Artigo-MORAES-MCB-a-Familia-Democratica>>. Acesso em: 30 set. 2014.

personalidade de todos e cada um dos membros que a integram. É a transformação da família como instituição, protegida em si mesma, para a família-instrumento.

Nesse cenário, houve um incremento da liberdade e da individualização o que ocasionou uma maior instabilidade nos casamentos e consequente aumento no número de divórcios. Assim, a filiação assumiu papel central no núcleo familiar.

A família deixou de ser objeto de tutela pelo simples fato de existir para ser tutelada pelo seu papel na sociedade, qual seja, núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e da promoção da dignidade dos seus integrantes. A proteção não se dá em razão da forma, ainda que prevista na CR/88, mas em função do papel que desempenha.

A família, agora não mais uma instituição com fim em si mesma, assume um caráter instrumental, se transformando em meio de promoção da pessoa. Passou de núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção) para um núcleo de afeto e entre-ajuda.⁶

A nova família constitucionalizada, agora com orientação afetiva, representa o ambiente propício ao desenvolvimento de potencialidades, à formação integral da pessoa e de cada um dos indivíduos que a integram.

2 POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DO CASAMENTO HOMOAFETIVO

Antes de adentrar no mérito propriamente dito deste tópico, deve-se ter em mente o atual momento constitucional que vive o ordenamento jurídico brasileiro.

⁶ FARIAS, op. cit. p. 06.

A constituição de 1988 é exemplo de uma constituição programática. Fala-se também em “totalitarismo constitucional”, na medida em que o texto constitucional possui conteúdo social, estabelecendo normas programáticas, metas a serem atingidas pelo Estado, consubstanciadas em programas de governo. É a Constituição dirigente defendida por Canotilho.⁷

Destaca-se, no Constitucionalismo contemporâneo, o surgimento de ideias de proteção aos direitos de fraternidade ou solidariedade, tidos pela doutrina como direitos de terceira geração.

Dessa forma, podemos esperar como um desdobramento desse constitucionalismo contemporâneo a consolidação dos direitos humanos de terceira geração, incorporando valores de fraternidade e de solidariedade ao constitucionalismo social.

Dentro do chamado Neoconstitucionalismo (ou constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo), desenvolvido a partir do início do século XXI, busca-se que o constitucionalismo não seja mero instrumento de controle de poder político, mas que busque principalmente a eficácia da Constituição.⁸

Assim, o texto constitucional passará de caráter meramente retórico para primar pela efetividade, pela concretização dos direitos fundamentais. Uma das marcas do Neoconstitucionalismo é servir como ferramenta para implantação de um Estado Democrático Social de Direito, concretizando prestações materiais prometidas a sociedade.

Esse novo modelo normativo dispõe que o caráter ideológico do constitucionalismo moderno era o de limitar o poder enquanto que o caráter

⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. ed., ver., atual. e ampl..São Paulo: Saraiva, 2010. p. 56.

⁸ *ibid.* p. 56.

ideológico do neoconstitucionalismo é o de conferir efetividade aos direitos fundamentais.

Estado constitucional de direito: supera-se a ideia de Estado Legislativo de Direito, passando a Constituição a ser o centro do sistema, marcada por intensa carga valorativa. A lei e, de modo geral, os Poderes Públicos, então, devem não só observar a forma prescrita na Constituição, mas, acima de tudo, estar em consonância com o seu espírito, o seu caráter axiológico e os seus valores destacados. A constituição, assim, adquire, de vez, o caráter de norma jurídica, dotada de imperatividade, superioridade (dentro do sistema) e centralidade, vale dizer, tudo deve ser interpretado a partir da Constituição.⁹

Ou seja, o desafio do neoconstitucionalismo passa a ser encontrar mecanismos para sua concretização, tendo em vista que os valores são constitucionalizados. Assim, as normas constitucionais se irradiam na interpretação de todas as normas do país, sejam elas constitucionais, em interpretação sistemática, sejam elas infraconstitucionais, em interpretação conforme a Constituição.¹⁰

Em busca de uma forma para dar efetividade às normas constitucionais, os operadores do direito desenvolveram um leque de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Esses princípios são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos, de natureza instrumental. São eles: supremacia da constituição, presunção de constitucionalidade das normas e atos do poder público, interpretação conforme a constituição, unidade, razoabilidade e efetividade.

São os citados princípios que irão auxiliar os operadores do Direito a conferir concretude aos ditames constitucionais na prática diária e na interpretação dos aludidos preceitos.

3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO RECONHECIMENTO DO CASAMENTO HOMOAFETIVO

⁹ *ibid.* p. 56.

¹⁰ *ibid.* p. 56.

Para uma melhor compreensão do tema, cada argumento favorável será trabalhado separadamente.

3.1 A entidade familiar independe de prole para merecer proteção do Estado

De plano, insta ressaltar que a família conjugal é formada pelo amor romântico como o objetivo de uma comunhão plena de vidas e interesses, de forma pública contínua e duradoura. É o chamado amor familiar que une as pessoas em um vínculo de matrimônio, não a possibilidade de ter filhos.

A prole acaba sendo uma consequência natural e comum do casamento, mas não pode ser o objetivo central para se considerar uma família, digna da proteção do Estado.

Dessa forma, a capacidade procriativa não pode ser um critério diferenciador para a tutela estatal. Sabemos que existem casais heteroafetivos estéreis ou que não querem ter filhos, mas nunca se discutiu a validade desse tipo de família matrimonial.

Assim, a defesa do argumento de impossibilidade de gerar prole como um impeditivo ao casamento homoafetivo significa existirem “dois pesos e duas medidas” para a mesma situação, o que configura flagrante inconstitucionalidade por afronta aos princípios da dignidade humana e da isonomia (pois se estaria tratando de forma diferente famílias conjugais por sua mera esterilidade).

Logo, diante da não vedação ao casamento heteroafetivo entre pessoas estéreis, conclui-se que a capacidade procriativa não é determinante à possibilidade do casamento.

3.2. As minorias também possuem direitos que devem ser tutelados

Em tese, vive-se em uma Democracia. E embora não exista um método concreto para atingi-la, como ideal persegue a igualdade social e civil e a rejeição de qualquer forma de discriminação ou preconceito.

O termo diz respeito também à liberdade, incluindo a liberdade de decidir o curso da própria vida e o direito de protagonizar um papel ao forjar o destino comum. Abriga ainda as noções de pluralismo e de diversidade cultural, vinculando solidariamente os membros de grupos diversos. Ela se refere, enfim, a um amplo espectro de perspectivas e de estilos de vida,

interligando diferentes grupos sociais em direção à coexistência pacífica e a uma respeitosa integração.¹¹

Assim, um ambiente democrático pressupõe a existência de diferenças que são resolvidas de forma civilizada, com respeito às diferenças e onde todos possuam as mesmas chances de exercer sua liberdade.

A Democracia, como consectária da vontade da maioria, não pode ser invocada para que seja legitimada a discriminação da minoria. Isso porque todos devem se submeter à Constituição, tanto maioria, quanto a minoria. Ela existe para garantir a prevalência dos direitos fundamentais e ainda que a maioria queira ofender os direitos fundamentais da minoria, será a vontade majoritária tida por inconstitucional, já que também a maioria deve se submeter à Constituição.

E, diante de cenários de discriminação injustificada, é a concepção material de democracia constitucional - legitimidade jurídico-democrática - que protege as minorias, por intermédio dos direitos fundamentais, contra os voluntarismos majoritários.

É justamente para proteger a minoria dos desmandos da ditadura da maioria que existe Constituição e um tribunal constitucional, que exerce muitas vezes Função Contramajoritária. Destarte, ninguém se sobrepõe aos princípios superiores consagrados na Constituição, nem mesmo a maioria

Logo, permitir que um indivíduo se apresente com bem entender, formando o tipo de família que melhor lhe aprouver, significa atender a igualdade material da Constituição.

3.3 Laicidade do Estado Brasileiro

Argumentos religiosos não podem ter relevância jurídica, por força do princípio da laicidade estatal, nos termos do art. 19, inc. I, da CR/88. Nenhuma religião, ainda que a maior parte da população seja adepta a ela, tem o poder de dizer o que pode ou não ser aceito no Direito pátrio, até porque liberdade religiosa significa por não ter religião ou não ter sua vida regida por religião qualquer.

¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*. In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Net, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/97438907/Artigo-MORAES-MCB-a-Familia-Democratica>>. Acesso em: 30 set. 2014.

“As teorias de Direito Natural, teológicas ou racionalistas, não têm substrato jurídico-constitucional em um sistema de Constituição Rígida que não o reconheça”¹², pois afronta a segurança jurídica, ante a ausência de um critério definidor objetivo.

3.4 O parágrafo 3º, do art. 226, da CR/88 e art. 1723, do CC/02, não impedem o casamento homoafetivo

De plano, deve ser dito que a Constituição, ao tratar sobre casamento, não faz alusão a gênero em momento algum, o que por si só já afasta a impossibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Os diplomas em referência apenas falam sobre gênero quando tratam de união estável e aqueles avessos à possibilidade da união em matrimônio homoafetivo recorrem ao método de interpretação gramatical, se apegando à literalidade do art. 226, §3º, da CR/88 e do art. 1723 do CC/02.

Os contrários à possibilidade homoafetiva o alegam sob o fundamento de que o dispositivo constitucional, por tratar de união estável entre homem e mulher, assim a proíbe. Destarte, enquanto não sofresse alteração via Emenda Constitucional, estaria vedado o casamento homoafetivo.

Da simples leitura do art. 226, §3º, CR/88, verifica-se que ele assegurou expressamente o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, mas nada disse sobre a união civil dos homossexuais.

Esta não menção, entretanto, não significa silêncio eloquente da Constituição, de forma a proibir o casamento entre pessoas do mesmo sexo. O fato de o texto não fazer qualquer alusão à união entre pessoas do mesmo sexo não implica, necessariamente, que a Constituição não assegure o seu reconhecimento.

A alusão à diversidade de gênero não traduz uma vedação de extensão do regime das uniões heteroafetivas às relações homoafetivas, pois concluir desta maneira significaria desvirtuar natureza da própria norma. Não se pode olvidar que um dos marcos da Constituição Federal de 1988 é a consagração da igualdade entre homens e mulheres, bem como a superação da discriminação dos relacionamentos que não decorressem do casamento.

¹² VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Possibilidade de Conversão de 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 30 set. 2014.

Assim, o dispositivo constitucional foi introduzido para superar a discriminação que, historicamente, existia sobre as relações entre homem e mulher quando não casamentarias. Significa a equiparação entre companheira e esposa.

Quanto ao Código Civil, ele apresenta apenas a reprodução do texto constitucional e também não pode ser interpretado como uma norma restritiva, que, caso acontecesse, seria tida por inconstitucional em decorrência dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade humana, da isonomia e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade.

Diante do exposto, é perfeitamente possível tanto a união estável quanto o casamento homoafetivo.

3.5 Teoria da inexistência jurídica do casamento civil homoafetivo como burla a regra segunda a qual não há nulidade sem texto, decorrente do art. 5º, inc. II, CR/88

Conforme já dito neste trabalho, em matéria de casamento, somente existem nulidades expressas, cujo fundamento se encontra no próprio texto constitucional, no art. 5º, inc. II. Como a identidade de gênero não é uma causa de nulidade, o casamento homoafetivo teria plena validade perante o ordenamento jurídico.

Para burlar a ausência de nulidade do casamento homoafetivo, foi criada uma manobra doutrinária, cuja origem remonta ao Código Napoleônico, por aqueles que pretendiam impedir o casamento entre pessoas do mesmo sexo: é a Teoria da Inexistência de Atos que só existiram no mundo dos fatos.

Segundo a citada teoria, a diversidade de sexos, o consentimento válido e a celebração por pessoa investida de autoridade são os requisitos de existência do casamento.

Convém lembrar, como o fizeram Planiol e Ripert, que o conceito de casamento inexistente apareceu na França, em razão do princípio de que não pode haver nulidade de casamento sem expressa disposição legal, rejeitando assim as nulidades virtuais em matéria matrimonial, considerando-se apenas as nulidades textuais. Com isso a nulidade do ato só pode ser pronunciada sobre um texto normativo. Essa doutrina aponta três requisitos essenciais ao casamento, cuja inobservância faz com que careça de valor jurídico, reputando-se inexistente: diversidade de sexos, celebração e consentimento.¹³

¹³ Ibid. Acesso em 30 set. 2014.

Assim, a Teoria da Inexistência do casamento visa a burlar a regra segundo a qual não há nulidade sem texto, atribuindo ao ato inexistente a mesma consequência do ato nulo, qual seja não produção de efeitos desde a origem do ato.

Logo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo seria inexistente, por ausência de requisito de existência, não produzindo qualquer efeito no mundo jurídico, mas apenas no mundo dos fatos.

Essa é uma construção muito perigosa. As condições de validade, cuja violação enseja nulidade, estão previstas textualmente na lei, enquanto que os requisitos de existência não, o que confere total liberdade ao intérprete.

Por óbvio, diante do caráter fraudulento da formulação da teoria em comento, que foi criada com o único intuito de impossibilitar o casamento homoafetivo, não deve ser aceita a identidade de sexos como requisito de existência, entendendo-se que somente o amor familiar é formador da família conjugal contemporânea.

3.6 Falta de proibição expressa ao casamento homoafetivo no ordenamento jurídico brasileiro

A CR/88 dispõe expressamente que tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido estará juridicamente permitido. Diante da mais completa inexistência de norma proibitiva do casamento homoafetivo conclui-se de forma quase que automática pela sua possibilidade jurídica e que sua proibição implícita decorre de puro preconceito.

Até porque disciplinar a impossibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo significaria intromissão indevida do Estado na vida e na intimidade do cidadão, sendo certo que a intimidade e a privacidade são direitos constitucionais de primeira grandeza, que gozam do status de cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º, inc. IV, e de auto aplicabilidade, nos termos do art. 5º, §1º, CR/88.

Ainda que porventura a Constituição dispusesse sobre a proibição do casamento homoafetivo seria inútil frente a outras regras estabelecidas por ela própria impossibilitando tal artimanha. Isso porque é vedada a discriminação em função do sexo, nos termos do art. 1º, inc. III, da CR/88 (logo também por opção sexual), bem como é permitido à toda pessoa dispor livremente sobre sua sexualidade, fato que decorre do direito à privacidade e à intimidade, constituindo em direito subjetivo ou situação jurídica ativa.

Conclui-se por proposital o silêncio normativo quanto ao casamento homoafetivo de modo a permiti-lo.

3.7 Princípios da Liberdade e da Igualdade - vedação ao preconceito

Tem-se, pois, diante da ausência de norma expressa proibindo o casamento homoafetivo que não há igualmente fundamento válido a justificar o tratamento desigual entre casamento heteroafetivo e casamento homoafetivo.

Como se sabe, somente em face de uma justificativa lógico-racional ao tratamento desigual é que não haverá violação ao princípio da igualdade. A justificativa há de ser suficiente a legitimar o tratamento desigual e, não sendo, o tratamento igualitário é um imperativo. Impende-se mencionar que o ônus argumentativo cabe aquele que pretende o tratamento diferenciado.

Assim, diante da ausência de motivação razoável e suficiente a justificar a diferença de tratamento entre casais heteroafetivos e homoafetivos, conclui-se que o preconceito e a intolerância estão na raiz do problema. Porém, eles já são rechaçados logo no preâmbulo da Constituição, quando se afirma que Estado Democrático Brasileiro se destina a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)” Também o art. 3º, inc. IV, da CR/88 condena toda e qualquer forma de discriminação, sem se falar no *caput* do próprio art. 5º, da CR/88, quem declara serem todos iguais perante a lei, não se permitindo diferenciação de qualquer natureza.

Portanto, sendo certo que o sexo ou a orientação sexual não se prestam como fatores de desigualação jurídica, não faltam argumentos capazes de impedir o tratamento desigual em relação ao casamento homoafetivo.

3.8 Direito à busca da felicidade como postulado constitucional implícito que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana - art. 1º, inc. III

Na perspectiva do Código Civil de 1916, a família patriarcal era entendida como um todo, em que não existia a percepção de indivíduo. Pelo contrário, existiam indivíduos que integravam o núcleo familiar que eram inferiorizados em relação aquele que detinha os poderes marital e patriarcal. No final do séc. XX, após o

advento do Estatuto da Mulher Casada de 1962, da Lei do Divórcio de 1977 e, principalmente, da Constituição de 1988, aconteceu uma mudança substancial na concepção de indivíduo.

Como dito em item anterior neste trabalho, a família tornou-se o espaço de realização de cada um de seus indivíduos, como lugar onde cada membro irá exercer sua dignidade. A família que passou a ser tutelada pela Constituição, não para si própria ou para proteger um bloco patrimonial, mas como instrumento de realização de seus membros.

Assim, evoluiu-se da família patriarcal, em que somente o chefe exercia a cidadania plena, permanecendo as dignidades dos filhos e da mulher subjugadas a dele, para uma família em que todos os seus integrantes tem a garantia de pleno desenvolvimento de suas dignidades.

O princípio da dignidade da pessoa, trazido pela Constituição de 1988, foi um dos grandes responsáveis por essa mudança, podendo ser entendido “núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade¹⁴”.

Assim, resta evidente a centralidade deste princípio essencial, configurando-se um valor fonte que se irradia por todo o ordenamento jurídico e dele, implicitamente, surgem outros princípios norteadores da hermenêutica relativa a direitos fundamentais, como o direito à busca da felicidade.

Nesse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.¹⁵

O princípio da dignidade aplicado em matéria de casamento, significa igual dignidade atribuída a todas as famílias, constituídas ou não pelo casamento. Assim,

¹⁴ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 37

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADFP 132. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+132%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+132%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/avxgmj9>>. Acesso em 30 set. 2014.

viola este macroprincípio o tratamento desigual conferido a casamentos heterossexuais e casamentos homoafetivos, sendo legítima a busca da felicidade

Por fim, como o art. 3º, inc. IV, CR/88, dispõe que a promoção do bem de todos, sem preconceitos, constitui objetivo da República Federativa do Brasil, conclui-se que o princípio do direito à busca da felicidade como decorrência do princípio da dignidade humana autoriza o reconhecimento da possibilidade do casamento civil homoafetivo.

3.9 O afeto como novo integrante do conceito de família pós-moderna - Família Democrática

Como dito na parte inicial deste estudo, a Constituição de 1988 inaugurou uma nova ordem que consagrou uma série de valores que há tempos a sociedade já esperava. Assim, existem inúmeros princípios que norteiam e auxiliam a integração e a interpretação do Direito de Família à luz da CR/88.

Na aplicação desses princípios, tanto doutrina como jurisprudência têm reconhecido a existência de alguns deles com previsão expressa no texto constitucional, como também alguns princípios implícitos, sendo certo que ainda não existe consenso no ordenamento jurídico pátrio de sentido de uma lista definitiva de quais seriam esses princípios.

Neste contexto, existem princípios gerais, aplicáveis a todos os ramos do Direito Civil, e princípios especiais, próprios da relações familiares, a saber, os princípios da solidariedade e da afetividade¹⁶.

Quanto a esse último, deve ser feita uma diferenciação. “A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações”¹⁷.

Porém, no que pertine às relações conjugais e de companheirismo, o princípio da afetividade tem incidência enquanto também existente no plano fático, pois é pressuposto da convivência. Logo, ela existe enquanto perdurar a convivência.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 62.

¹⁷ LÔBO, op. cit. p. 48.

Inclusive, para cônjuges e companheiros, o princípio da afetividade ocasiona alguns desdobramentos, como por exemplo o dever de assistência, projetando seus efeitos para além do término convivência.

Mesmo sem previsão expressa, a CR/88 promoveu um novo tipo de família no ordenamento jurídico, que prima pelo afeto e pela realização pessoal de cada indivíduo. É a chamada família eudemonista.

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. Despontam novos modelos de família mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo, na expressão de Michel Pirrot. A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista de família [...]¹⁸

Hoje, é a afetividade que orienta a existência de uma família. “A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida.”¹⁹

Se a família democrática se identifica com a afetividade, realização pessoal e com a comunhão de vida entre os cônjuges e estes elementos são perfeitamente encontráveis em relacionamentos homoafetivos, não existe razão para o não reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Ainda que a atual Constituição não tenha atrelado a família ao casamento, é inegável que paradigma da afetividade e aplica tanto para a família matrimonializada quanto para as demais, pois todas consubstanciam famílias.

3.10 Se já é reconhecida a união estável homoafetiva como instituição familiar, a possibilidade jurídica do casamento é um imperativo - ADPF 132 e ADI 4277

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou procedentes a ADPF 132 e a ADI 4277, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para aplicar às uniões estáveis homoafetivas as mesmas regras e consequências das uniões estáveis

¹⁸ DIAS, op. cit. p. 71.

¹⁹ *ibid.* p. 54.

heteroafetivas, conferindo “interpretação conforme a Constituição” ao art. 1723, do atual Código Civil,

A Corte Suprema veio definir a questão. A sociedade aguardava ansiosa pela produção legislativa que não acontecia (já que o Congresso Nacional é tomado de posições retrógradas e religiosas). Antes mesmo da supracitada decisão, já existia lei, como por exemplo, a Lei Maria da Penha²⁰, e jurisprudência alargando o conceito de família, de forma a albergar as uniões homoafetivas em questões como de adoção, deferimento de benefício previdenciário, declaração de união estável propriamente dita, etc. Existe uma farta jurisprudência e, apenas a título de exemplificação, pode-se citar os acórdãos proferidos pelo TRF – 3ª Região²¹ e pelo STJ, veja-se o último:

Menores. Adoção. União homoafetiva. Cuida-se da possibilidade de pessoa que mantém união homoafetiva adotar duas crianças (irmãos biológicos) já perfilhadas por sua companheira. É certo que o art. 1º da Lei n. 12.010/2009 e o art. 43 do ECA deixam claro que todas as crianças e adolescentes têm a garantia do direito à convivência familiar e que a adoção fundada em motivos legítimos pode ser deferida somente quando presentes reais vantagens a eles. Anote-se, então, ser imprescindível, na adoção, a prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque se discute o próprio direito de filiação, com consequências que se estendem por toda a vida. Decorre daí que, também no campo da adoção na união homoafetiva, a qual, como realidade fenomênica, o Judiciário não pode desprezar, há que se verificar qual a melhor solução a privilegiar a proteção aos direitos da criança. Frise-se inexistir aqui expressa previsão legal a permitir também a inclusão, como adotante, do nome da companheira de igual sexo nos registros de nascimento das crianças, o que já é aceito em vários países, tais como a Inglaterra, País de Gales, Países Baixos, e em algumas províncias da Espanha, lacuna que não se mostra como óbice à proteção proporcionada pelo Estado aos direitos dos infantes. Contudo, estudos científicos de respeitadas instituições (a Academia Americana de Pediatria e as universidades de Virgínia e Valência) apontam não haver qualquer inconveniente na adoção por companheiros em união homoafetiva, pois o que realmente importa é a qualidade do vínculo e do afeto presente no meio familiar que ligam as crianças a seus cuidadores. Na específica hipótese, há consistente relatório social lavrado por assistente social favorável à adoção e conclusivo da estabilidade da família, pois é incontroverso existirem fortes vínculos afetivos entre a requerente e as crianças. Assim, impõe-se deferir a adoção lastreada nos estudos científicos que afastam a possibilidade de prejuízo de qualquer natureza às crianças, visto que criadas com amor, quanto mais se verificado cuidar de situação fática consolidada, de dupla maternidade desde os nascimentos, e se ambas as companheiras são responsáveis pela

²⁰ Lei 11.343/06, art. 2º: Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

²¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Agravo de Instrumento 200503000666502. Relator: Desembargador Valdeci dos Santos. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=200503000666502>>. Acesso em 30 set. 2014.

criação e educação dos menores, a elas competindo, solidariamente, a responsabilidade. Mediante o deferimento da adoção, ficam consolidados os direitos relativos a alimentos, sucessão, convívio com a requerente em caso de separação ou falecimento da companheira e a inclusão dos menores em convênios de saúde, no ensino básico e superior, em razão da qualificação da requerente, professora universitária. Frise-se, por último, que, segundo estatística do CNJ, ao consultar-se o Cadastro Nacional de Adoção, poucos são os casos de perfiliação de dois irmãos biológicos, pois há preferência por adotar apenas uma criança. Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, chega-se à conclusão de que, na hipótese, a adoção proporciona mais do que vantagens aos menores (art. 43 do ECA) e seu indeferimento resultaria verdadeiro prejuízo a eles.”²²

Todavia, como não foi objeto de análise na ação julgada pelo STF na ADPF 132, surgiu o questionamento entre os operadores do Direito se indiretamente o Tribunal Superior decidiu pela possibilidade jurídica da conversão da união estável homoafetiva em casamento.

De plano, insta ressaltar, como bem lembrado por Lênio Streck²³, não se trata de concordar ou discordar com a Corte Suprema sobre a retidão da decisão, mas de aplicar um questão já decidida com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Pois bem. Como Paulo Roberto Iotti Vecchiatti²⁴ bem assevera, o art. 226, §3º, *in fine*, CR/88, dispõe que a conversão da união estável em casamento deve ser facilitada. Logo, tanto à união estável heteroafetiva, quanto à homoafetiva, deve ser conferida a dita facilitação.

O citado jurista defende que quer seja do ponto de vista material, quanto do ponto de vista formal, deve ser facilitada a conversão da união estável homoafetiva em casamento, vejamos.

Ora, do ponto de vista material, se já reconhecida a união estável homoafetiva como entidade familiar por decisão do STF, sendo-lhe atribuídos todos os efeitos como se heteroafetiva fosse e se a esta é conferida a possibilidade de conversão em casamento, não faz o menor sentido não ver reconhecida a possibilidade de conversão no caso da união estável homoafetiva. Seria a ineficácia prática do reconhecimento.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1.183.378. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1099021&num_registro=201000366638&data=20120201&formato=PDF>. Acesso em 30 set. 2014.

²³ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Rogério Montai de. *O direito de conversão da união estável em casamento nas relações homoafetivas*. Net. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-06/uniao-homoafetiva-direito-conversao-uniao-estavel-casamento>>. Acesso em 30 set. 2014.

²⁴ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Possibilidade de Conversão de 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 30 set. 2014.

O não reconhecimento implicaria flagrante violação a dignidade humana dos homossexuais, sendo também afronta ao princípio da isonomia. As pessoas merecem a mesma dignidade, “só se admitindo a relativização da dignidade de uns em relação a de outros ante a existência de motivação lógico-racional que isto justifique (aspecto material da isonomia)”²⁵, o que, no caso em análise, não se justifica.

Do ponto de vista formal, o art. 226, §3º, CR/88, dispõe sobre o reconhecimento da união estável como entidade familiar, devendo o Estado facilitar sua conversão em casamento. E como o STF reconheceu a igualdade de direitos entre as uniões estáveis heteroafetivas e homoafetivas, diante do imperativo constitucional, os cartórios de registro civil são obrigados a realizar a conversão da união estável homoafetiva em casamento civil daqueles que assim pleitearem.

Vecchiatti lembra que o instituto da união estável é uno, donde se extrai que inexistente divisão entre união estável homoafetiva e união estável heteroafetiva. Logo, o art. 1726 CC/02 torna-se uma imposição, abarcando também a união estável homoafetiva.

Assim já vêm decidindo os tribunais brasileiros. A sentença pioneira foi a proferida pelo juízo da 2ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca de Jacareí, São Paulo, Protocolo nº 1209/2011, publicada em 27/06/2011.²⁶

Em um primeiro momento possibilitou-se a conversão das uniões estáveis homoafetivas em casamento civil. Posteriormente, os juízos de primeiro grau, os tribunais estaduais e o STJ se manifestaram acerca da possibilidade de habilitação direta para o casamento civil, como por exemplo na sentença proferida nos autos nº 343/2011, pelo juízo da 1ª Vara Oficial do Registro Civil do Foro Distrital de Cajamar, São Paulo²⁷. Também o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já decidiu favoravelmente à habilitação para o casamento homoafetivo:

Constitucional. Mandado de segurança. Direito de família. Habilitação para casamento. Casamento homoafetivo. Possibilidade. Coerência do texto. Constitucional. Precedentes do TJRJ. 1. O STF, guardião da Constituição Federal, reconheceu, por decisão unânime, em maio de 2011, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, ao afirmar que o artigo 1.723 do Código Civil não poderia ser lido em sua literalidade e estendendo o conceito de família também à união de pessoas do mesmo sexo. 2. Seguindo a mesma linha de raciocínio e como o STF determinou o reconhecimento da união estável homoafetiva tem as mesmas

²⁵ ibid. Acesso em 30 set. 2014.

²⁶ DIREITO homoafetivo. Disponível em : < <http://direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1079.pdf> >. Acesso em 1 out. 2014.

²⁷ DIREITO homoafetivo. Disponível em : < <http://direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1095.pdf> >. Acesso em 1 out. 2014.

consequências da união estável heteroafetiva, o STJ, recentemente por maioria de votos, reconheceu a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo. 3. E não poderia ser diferente, já que a expressão “homem e mulher” utilizada pela Constituição Federal no artigo 226, §3º, e pelo artigo 1723 do Código Civil, foi afastada pela decisão do STF, que tem efeito vinculante e eficácia erga omnes. 4. Princípio da máxima efetividade ou da eficiência do texto constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê” – inexistência de lacuna legislativa. 5. O reconhecimento do casamento homoafetivo deriva do princípio da máxima efetividade do texto constitucional e se apoia na violação de princípios constitucionais como o da dignidade humana, da liberdade, da não discriminação por opção sexual, da igualdade, e principalmente, no texto constitucional que confere à família a especial proteção do Estado. 6. Inexistência de impedimento para o casamento. Parecer pela concessão da ordem.²⁸

Finalmente, para sacramentar a possibilidade de habilitação direta para o casamento homoafetivo, o STJ no Recurso Especial 1.183.378-RS, reformou o acórdão que manteve a impossibilidade de habilitação.²⁹

Todas as citadas decisões corroboram entendimento doutrinário que há tempos ecoava, muitas vezes até tido por isolado.

Assim, pelos motivos expostos, não somente deve ser permitida a conversão da união estável em casamento, como também deve ser permitida a habilitação ao casamento civil homoafetivo.

CONCLUSÃO

Diante de toda a exposição até aqui realizada, percebe-se que os argumentos que confirmam a possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo são significativos: o preâmbulo da Constituição, os princípios contidos no art. 1º, inciso III, os direitos e garantias fundamentais da igualdade, prevista no art. 5º, caput e inciso I, da liberdade, da intimidade, prevista no art. 5º, inciso X e da proibição da discriminação disposta no art. 3º, inciso IV, o art. 226, § 1º, §3º, §4º, §5º e §6º, da

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mandado de Segurança 0001957-80.2013.8.19.0000. Relatora: Desembargadora Lucia Maria Miguel da Silva Lima. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201300400056>>. Acesso em 30 set. 2014.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1.183.378. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1099021&num_registro=201000366638&data=20120201&formato=PDF>. Acesso em 30 set. 2014.

CR/88, a função contramajoritária do Judiciário, a laicidade do Estado Brasileiro, a possibilidade de existência de família a ser protegida mesmo sem prole, a afetividade como princípio constitucional implícito, a ausência de vedação expressa, a teoria da inexistência jurídica do casamento homoafetivo como uma falácia, a decisão histórica do STF na ADI 4277 e a ADPF 132, acolhida como ADI, dentre outros.

A lacuna existente na lei não pode ser obstáculo ao exercício de direitos, devendo ser feita a interpretação extensiva ou a analogia para reconhecer a possibilidade jurídica do casamento homoafetivo, tendo em vista que o art. 1.514, do CC/02, não representa proibição implícita ao casamento civil homoafetivo, mas apenas regulamentação do casamento heteroafetivo. Devem ser interpretados os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Além disso, o casamento civil é um direito fundamental implícito, logo impossível pensar na limitação ao seu exercício. É um direito de todos os brasileiros, e, portanto, também dos homossexuais e sua negativa arbitrária conduz à uma flagrante inconstitucionalidade, já que ausente fundamento lógico-racional que justifique a diferenciação de tratamento das uniões homoafetivas das heteroafetivas, na medida em que ambas configuram família conjugal.

Finalmente, deve-se ter em mente que ninguém perderá direitos diante do reconhecimento do casamento civil homoafetivo, mas, sim, os casais nessa condição irão ganhar. Não existe, no caso, ponderação de direitos a ser feito. Portanto, o reconhecimento é um imperativo.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Maria Aperecida de. *Casamento inexistente, nulo e anulável*. Disponível em:

<https://docs.google.com/viewer?url=http://www.ucg.br/site_docente/jur/maria_aperecida/pdf/casamento_inexistente.pdf&pli=1>. Acesso em 30 set. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2014.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 30 set. 2014.

_____. 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 30 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+132%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+132%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/avxgmj9>>. Acesso em 30 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP 889.852. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=966556&num_registro=200602091374&data=20100810&formato=PDF>. Acesso em 30 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1.183.378. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1099021&num_registro=201000366638&data=20120201&formato=PDF>. Acesso em 30 set. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mandado de Segurança 0001957-80.2013.8.19.0000. Relatora: Desembargadora Lucia Maria Miguel da Silva Lima. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201300400056>>. Acesso em 30 set. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Agravo de Instrumento 200503000666502. Relator: Desembargador Valdeci dos Santos. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=200503000666502>>. Acesso em 30 set. 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIREITO homoafetivo. Disponível em : <<http://direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1079.pdf>>. Acesso em 17/09/2014.

_____. Disponível em : <<http://direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1095.pdf>>. Acesso em 1 out. 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIUDICE, Lara Lima. *Modelo clássico de família insculpido no código de 1916*. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/modelo-classico-de-familia-esculpido-no-codigo-civil-de-604718.html>>. Acesso em 30 set. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. V. 7: direito de família. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 14. ed., ver., atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito Constitucional Esquemático*. 17. ed., ver., atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*. In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Net, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/97438907/Artigo-MORAES-MCB-a-Familia-Democratica>>. Acesso em: 30 set. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito de Família*. 18. ed., ver., atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Rogério Montai de. *O direito de conversão da união estável em casamento nas relações homoafetivas*. Net. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-06/uniao-homoafetiva-direito-conversao-uniao-estavel-casamento>>. Acesso em 30 set. 2014.

VALADARES, Maria Goreth Macedo. *Os meus, os seus e os nossos: As famílias mosaico e seus efeitos jurídicos*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/pagina/322>>. Acesso em 30 set. 2014.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Possibilidade de Conversão de 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 30 set. 2014.