

CONTORNOS DA DECISÃO DO STF SOBRE AS UNIÕES HOMOAFETIVAS E A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DAS CITADAS UNIÕES EM CASAMENTO

Emanuela Vasconcelos Leite¹

RESUMO

O artigo apresenta uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal quando do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar. Aborda ainda a possibilidade de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, bem como a conversão das referida uniões em casamento. Foram colacionados os principais detalhes da decisão proferida pelo STF (ADI nº. 4277 e ADPF nº. 132), equiparando as uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, assim como o contexto em que foram proferidas.

Palavras-chave: União Homoafetiva. STF. Entidade Familiar.

ABSTRACT

The article presents an analysis of the decision of the Brazilian Supreme Court recognizing homoaffective unions as a family entity. Also discusses the possibility of same-sex marriage, as well as the conversion of such unions into marriage. We analyzed the main details of the decision of the Supreme Court (ADI nº 4277 and ADPF nº 132), equating homoaffective unions to stable heterosexual unions as well as the context in which they were issued.

Keywords: Homoaffective unions. STF. Family entity.

INTRODUÇÃO

União homoafetiva, como um acontecimento jurídico, pode ser definida como o relacionamento afetivo entre duas pessoas do mesmo sexo, de forma contínua e duradoura, com intuito de constituir-se uma entidade familiar.

A homossexualidade tem sido, há tempos, objeto de discriminação, além de ser tratada como doença, loucura e outras anomalias inerentes à

¹ Defensora Pública do Estado do Ceará, Graduada em direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú-UVA (2003) e Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Estadual Vale do Acaraú-UVA (2011).

natureza humana. Distam dos primórdios dos tempos gregos os primeiros sinais de homossexualidade entre os homens civilizados.

Em pleno Século XXI, pessoas de vários segmentos sociais indagam a *causa* de tal “distúrbio” ou “desvio de personalidade”, chamado de homossexualidade (que por muito tempo foi denominada de homossexualismo²). Ainda existe uma inútil indagação, qual seja, se a causa do “suposto desvio” estaria na herança genética do indivíduo ou seria algo adquirido em sua formação pessoal.

Tais especulações só persistem devido à inquietação das pessoas em aceitar a homossexualidade como um acontecimento tão natural quanto à heterossexualidade, ou seja, como uma simples opção de comportamento, desprovida de pecado, de imoralidade e, muito menos, de causa³.

Na seara legislativa, a omissão em regularizar a situação jurídica dos homoafetivos pode ser considerada uma das piores formas de preconceito, uma vez que o Estado falha com o seu dever de proteção de uma minoria. É certo, porém, que a edição de leis não extirparia todas as manifestações preconceituosas, e até violentas, dos legislados, mas atribuiria maior legitimação à causa homoafetiva e iniciaria um processo de mudança.

O legislador brasileiro tem sido tímido em regularizar a situação jurídica em debate, dando margem ao crescimento expansivo de demandas judiciais que questionam o reconhecimento jurídico dos conviventes de mesmo sexo.

O processo de mudança discriminatório já teve início, podendo-se vislumbrar a existência de algumas normas que regulamentam efeitos pontuais do relacionamento homoafetivo, como a Instrução Normativa n.º 25/2000 do INSS, que regulamenta a concessão de pensão por morte e auxílio reclusão para os companheiros homossexuais dos segurados da previdência social; Resolução Normativa do CNI, Conselho de Imigração e Parecer n.º 1503/2010 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

Referidas normas surgem como paliativo ante a ausência de instrumento legal que regulamente, de forma abrangente, a convivência afetiva

² O sufixo “ismo” induz a idéia de doença, razão pela qual a nomenclatura é hoje considerada desapropriada.

³ Na década de 90, a Organização Mundial de Saúde baniu do catálogo internacional de doenças o chamado “homossexualismo”.

entre iguais e assuma, definitivamente, a trincheira da minoria na guerra pelo fim da desigualdade, a exemplo do que se fez na Lei n.º 11.340/2006⁴.

Atualmente, existem tramitando no Congresso Nacional aproximadamente 20 Projetos de Lei do interesse da população LGBT. Dentre os referidos projetos, temos matérias como direito à mudança de nome dos transexuais (PL n.º 1281/2011); direito de inclusão do companheiro homossexual em Plano de Seguro Privado (PL n.º 2383/2003), regulamentação da união civil (PL n.º 1151/2005), dentre outros que padecem nas Comissões Especiais devido à falta de vontade política em voltar os olhos para uma legislação que vai de encontro aos interesses da grande massa.

Deve ser destacado ainda o atraso do Brasil em regularizar a situação jurídica dos homossexuais, quando comparado à legislação alienígena. No mundo todo, 09 países⁵ permitem o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, demonstrando-se, assim, que tal processo é necessário e inevitável.

Considerando o acanhamento da legislação quanto ao reconhecimento das relações jurídicas homoafetivas, as pessoas postas à margem jurídica impetraram demandas junto ao Poder Judiciário, no afã de terem seus direitos proclamados, afinal ao juiz não é dado deixar de julgar o caso concreto sob o argumento de que não existe lei que regule a situação sob análise, por disposição expressa do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil⁶.

Assim, os conviventes do mesmo sexo questionam seus direitos junto ao Poder Judiciário, tendo-se observado um grande crescimento das ações judiciais em que os autores reivindicam direitos inerentes à convivência afetiva com outrem, sendo eles os direitos de cunho sucessório e patrimonial, bem como os inerentes à guarda de filhos, adoção e previdenciários, dentre outros.

As conquistas vêm sendo alcançadas de forma gradativa. No começo, as decisões eram retraídas, percebendo-se que os magistrados eram

⁴ Art. 5.º [...]

Parágrafo Único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

⁵ São eles: África do Sul, Argentina, Canadá, Espanha, Islândia, Holanda, Noruega, Portugal e Suécia. Nos Estados Unidos, o casamento gay só pode ser legalizado a nível estadual, sendo admitidos nos Estados de Massachusetts, Connecticut, Iowa, Vermont e New Hampshire. Já no México, a citada união só é permitida na Capital, Cidade do México.

⁶ Art. 4.º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direitos.

indiferentes aos fatos e as mudanças que ocorriam no convívio social, por imposições morais e/ou religiosas.

No entanto, movimentos sociais e a evolução da sociedade inspiraram alguns profissionais do direito, como juristas e doutrinadores, a defenderem a atualização das leis e da jurisprudência ante a evolução dos costumes.

Como consequência da mobilização doutrinária de juristas de escol como Maria Berenice Dias⁷, a causa homoafetiva começou a ganhar legitimidade e aparecer no mundo jurídico como uma tese viável e compatível com os princípios fundamentais da Carta Magna brasileira.

Assim, o Judiciário foi modificando seus entendimentos, deferindo demandas diversas, concedendo direito de inscrição do companheiro homossexual como dependente na Previdência Social e partilha de bens, dentre outras decisões. Tais sentenças foram proferidas nas mais diferentes instâncias, das iniciais ao STJ, trazendo uma carga axiológica diferente a depender do órgão que proferia a decisão e os costumes da população local.

Por tal razão, compulsando a jurisprudência do País⁸, é comum observar que, em Estados da Região Sul e Sudeste, como o Rio Grande do Sul, as decisões sobre os direitos dos casais homossexuais mostram-se mais concessivas do que alguns Estados pertencentes à Região Nordeste, o que ameaça o princípio da isonomia. Foi nesse cenário de disparidade e insegurança que foram intentadas a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132.

1 Reconhecimento jurídico da união homoafetiva pelo STF

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 fora impetrada em 2008 pelo Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, buscando a interpretação, conforme a Constituição, dos arts. 19, incisos II e V, e 33 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado, no sentido de excluir

⁷ Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Após 35 anos de magistratura, aposentou-se, e passou a advogar na área do direito das famílias e inaugurou o primeiro escritório do Brasil especializado em Direito Homoafetivo. É vice-presidente e uma das fundadoras do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM e Presidenta da Comissão Especial de Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB.

⁸ Segundo informação prestada pela Professora Maria Berenice Dias em sua sustentação oral, no Plenário do STF, para o julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, a jurisprudência nacional, com exceção do Estado do Tocantins, já conta com mais de 1026 julgados, entre decisões, sentenças e acórdão, que versam sobre algum direito decorrente das uniões homoafetivas. (Revista Brasileira do Direito das Famílias e Sucessões, Jun-Jul 2011, Ano XIII – nº 22, pag. 102)

“qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação à tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais.” (Min. Aires de Brito, STF), enquanto que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.277 foi intentada em 2009 pelo Procurador-Geral da República, pretendendo o controle abstrato de constitucionalidade do art. 1.723 do CCB, para atribuir interpretação conforme à CF, para dele excluir qualquer interpretação que impedisse o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Citadas ações foram julgadas no dia 05 de maio de 2011, tendo obtido, por unanimidade de votos (10 X 0)⁹, a procedência dos pedidos, com base nos princípios constitucionais adiante analisados. Segundo a decisão proferida pela Corte Constitucional, as uniões homoafetivas devem receber do Estado o mesmo tratamento dispensado às uniões civis heterossexuais.

1.1 Razões de decidir da ADI nº. 4277 e ADPF nº. 132

1.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Para embasar a necessidade de reconhecimento das uniões homoafetivas, o STF lançou mão do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1.º, inciso III, da Constituição Federal, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil¹⁰.

A elevação constitucional atribuída ao princípio em análise não fora feita de forma aleatória. A Lei Maior pretendeu atribuir valor máximo ao ser humano, o associando ao conceito dignidade. A dignidade da pessoa humana enceta um conjunto de valores intrinsecamente ligados à individualidade de cada um, bem como ao seu livre exercício. Nesse sentido, a preferência sexual se mostra como um caráter distintivo da pessoa e, dentro da liberdade de agir que lhe é conferida, mostra-se como um fator de afirmação e elevação pessoal.

⁹ A razão dos 10 votos ao invés de 11 se deve ao fato de o Ministro Dias Toffoli ter se declarado impedido de votar, sob a justificativa de que atuou como Advogado-Geral da União, tendo apresentado parecer favorável à ADPF nº.132.

¹⁰ Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

1.1.2 Princípio da não-discriminação

O STF considerou ainda o princípio da não-discriminação, uma vez que tal valor se constitui num objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, conforme se observa do art. 3.º, inciso IV, da Constituição Federal¹¹.

Quando a CF coloca como um de seus objetivos a promoção do “bem de todos” está sinalizando para um comportamento jurídico ativo, ou seja, o Estado deve agir **positivamente** para alcançar a meta a que se propõe a Carta Constitucional. No entanto, esse “agir” imposto pelo constituinte deve se dá de forma a atingir todos os brasileiros que se encontrem em situações similares, vedando-se o tratamento distinto em razão de fatores que não os desigualem.

Esse dispositivo consagra o “constitucionalismo fraternal”, idealizado por muitos juristas como o constitucionalismo do futuro, onde o balizamento constitucional avança além das trincheiras da organização estatal e limitação do poder, para prover valores como a solidariedade e a fraternidade entre os governados. Trazendo para o caso em estudo, vemos que a omissão legislativa bem como qualquer interpretação que afaste aquelas relações homoafetivas do albergue legal, mostra-se incompatível para com os objetivos da Carta Constitucional.

O termo “sexo” a que se refere o art. 3.º, inciso IV, segundo o STF, não representa apenas as diferenças anatômico-fisiológicas do ser humano. A expressão deve ser entendida em caráter bem mais abrangente, além da simples definição biológica de gênero ou sinônimo de ato sexual. Quando a Constituição Federal menciona a expressão sexo está se referindo também aos comportamentos e, nesse sentido, deveria ser entendido como gênero, do qual a orientação sexual seria uma das espécies.

Ayres Britto pondera ainda que a CF não proibiu nem obrigou o uso concreto da sexualidade humana¹², concluindo-se que o uso dessa sexualidade é livre e juridicamente protegido pelo direito à intimidade e à vida privada.

1.1.3 Princípio da igualdade

¹¹ Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV – promover o **bem de todos, sem preconceitos** de origem, raça, **sexo**, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação. (negritos nossos)

¹² Art 5.º [...]

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Insculpido no art. 5.º, caput, da Constituição Federal¹³, o princípio da igualdade garante que todos os brasileiros terão promovidos e preservados seus direitos, sem distinção de qualquer natureza. Referido comando constitucional traz uma expressão aberta (sem distinção de qualquer natureza) que permite ao intérprete contextualizá-la de acordo com as mudanças ocorridas na sociedade. Nesse sentido, todas as espécies de exclusões sociais injustificadas devem ser abrangidas por essa norma de proteção.

Por esse entendimento, justifica-se que a CF não trouxe a imposição de igualdade em razão da orientação sexual, uma vez que na época de sua promulgação (05.10.1988) não havia grande repercussão dos relacionamentos homoafetivos, ou melhor, não havia espaço para que os LGBT's vivessem com liberdade a sexualidade que escolheram. Assim, se os relacionamentos aconteciam às escondidas e sem reivindicações jurídicas não era do interesse dos legisladores e, por isso, não contavam com previsão legal específica.

No entanto, a realidade foi alterada e o Estado tem o dever de proteger um segmento social afastado de seus direitos básicos. Tendo sido exatamente nesse sentido parte do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, a seguir:

Examino, *agora*, Senhor Presidente, tema que, *intimamente associado* ao presente debate constitucional, concerne ao *relevantíssimo* papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar no plano da *jurisdição das liberdades*: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de **proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado**, aos direitos daqueles que sofrem os *efeitos perversos* do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica. (DESTACAMOS)

Ademais, deve ser destacado o feliz raciocínio do Ministro Ayres Britto no sentido de que o reconhecimento de mais um tipo de união civil, a homoafetiva, favorece os casais homossexuais sem retirar qualquer direito já conquistado pelos heterossexuais. Assim, o STF privilegiou uma conquista para uma minoria marginalizada em detrimento de um anseio injustificado de

¹³ Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

uma maioria conservadora que manterá seus direitos preservados, sendo essa a razão pela qual o posicionamento do STF foi tido como **contramajoritário**¹⁴.

É que a orientação sexual e o livre exercício da sexualidade são direitos humanos fundamentais, por decorrência de outros princípios constitucionais (já estudados), sendo impositivo que se mantenha uma integração sistemática de todo o texto constitucional.

Ademais, fora observado pelos Ministros do STF que o Brasil é regido por tratados internacionais com imposições axiológicas que vedam a discriminação e impõem o amparo aos segmentos mais vulneráveis da sociedade, como é o caso dos homoafetivos. Nesse sentido, foram citados no julgamento o Pacto de San José da Costa Rica (art. 1º), a Convenção Americana de Direitos Humanos e Cíveis e Políticas, a Convenção Americana de Direitos Humanos e os Princípios de Yogyakarta (Princípio 24)¹⁵, cujos dispositivos foram utilizados para fundamentar a decisão da Suprema Corte.

1.1.4 Necessidade de interpretação extensiva do conceito de “Família”

A Suprema Corte defende que a Constituição Federal adota o regime de pluralidade de entidades familiares, sendo, portanto, que a enumeração de tipos de família trazida no art. 226 da CF não é taxativa ou de exclusão. Assim, a previsão expressa de algumas entidades familiares pelo legislador constituinte não afasta o reconhecimento de outras que surgem à medida que o contexto social se modifica, como é o caso do movimento de expansão e estabilidade que se deu com as uniões homoafetivas nas últimas décadas.

Ademais, foi ponderado também pelos Nobres Ministros que a forma de constituição da família tem sofrido uma série de mutações nos últimos tempos, passando de patriarcal, hierarquizada, matrimonializada e heterossexual para uma formação de **supremacia do afeto**, sem rituais, bastando querer estar junto de outrem para a formação de uma verdadeira

¹⁴ O termo “contramajoritário”, como o próprio nome já diz, induz a idéia de contrário à maioria. No caso da decisão do Supremo, a mesma foi dita contramajoritária, pois se presume, com base em pesquisas já realizadas, que se população brasileira tivesse que votar acerca da matéria discutida (reconhecimento da união homoafetiva), certamente, o julgamento seria contrário à pretensão da minoria LGBT. Portanto, o Poder Judiciário tem essa função de promover a igualdade, por vezes tendo que se posicionar contra a grande massa envolvida por convicções pessoais para promover o acesso de uma minoria a direitos fundamentais mínimos.

¹⁵ São recomendações sobre direitos humanos, objeto de uma conferência realizada na Indonésia, em 2006, sob a supervisão de uma Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos, direcionadas aos Estados nacionais.

família. Nesse sentido, foi muito feliz a interpretação de família oferecida pela Lei Maria da Penha, em seu art. 5.º, II, que segue:

Art. 5.º [...]

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que **são ou se consideram aparentados**, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. (DESTACAMOS)

Portanto, de acordo com a previsão legal acima, para a configuração de uma família não é necessário cumprir determinado padrão preestabelecido, basta que os indivíduos que a compõem estejam ligados por um laço de afeto.

No entanto, movimentos contrários ao reconhecimento dessa relação de afeto entre pessoas do mesmo sexo alegaram a existência de uma previsão constitucional expressa que inviabilizaria a pretensão dos homoafetivos, qual seja, o § 3.º do art. 226 da CF, que dispõe:

Art. 226.[...]

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

Nesse sentido, a Constituição Federal estaria restringindo o reconhecimento da união estável às relações heterossexuais, dada a expressão “entre o homem e a mulher” utilizada pelo legislador constituinte.

Contra o referido argumento, os Ministros do STF justificaram que a Constituição Federal realmente utilizou a expressão homem e mulher, mas quando o fez, não excluiu expressamente outras relações que viessem a surgir, deixando margem para uma interpretação ampla do dispositivo.

O fato de o legislador constituinte enfatizar o termo homem e mulher se deve a sua intenção de compensar uma dívida histórica que o Brasil tinha com as mulheres¹⁶. A interpretação teleológica que o Supremo faz da expressão “homem e mulher” é a de que o legislador constituinte tentou promover a inclusão de um segmento desfavorecido da sociedade da época, qual seja, as mulheres. Nesse caso, mostra-se como um verdadeiro paradoxo que o § 3.º seja entendido como de exclusão, quando foi idealizado para incluir.

¹⁶ No Brasil em que fora proclamada a Constituição Federal de 1988, com sua democracia em nascimento, ainda eram gritantes as diferenças institucionais existentes entre homens e mulheres, razão pela qual em vários dispositivos da Constituição Cidadã se verifica a expressão homens e mulheres, como forma de afirmar a igualdade de direitos entre os dois sexos, sem qualquer conotação hetero ou homossexual.

Por fim, os Julgadores do STF consideraram que o *caput* do art. 226 da CF traz um conceito aberto de família, cabendo ao intérprete a função de atualizá-lo de acordo com o contexto histórico e social, não sendo dado a um de seus parágrafos (§ 3.º) o poder de restringir o seu alcance, de forma implícita. Vejamos, então, a colocação do Min. Ayres Britto em seu voto:

Logo, que não se faça uso da letra da Constituição para *matar o seu espírito*, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado *caput* do art. 175 da Constituição de 1967/69¹⁷. Ou como diz Sérgio da Silva Mendes, que não se separe por um parágrafo (esse de n.º 3) o que a vida uniu pelo afeto. Numa nova metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro.

Pode-se observar que se o legislador constituinte tivesse a intenção de restringir as formas de constituição da família, teria repetido o texto das Constituições de 1967 (art. 167) e 1969 (art. 175), que ressaltavam expressamente, logo no *caput*, que a família era a constituída do casamento, não deixando espaço para o reconhecimento de outras entidades familiares.

No entanto, a Carta Cidadã de 1988 optou pela proteção da família, sem delimitar o que considera por família ou entidade familiar. E mais, terminações axiológicas do art. 226 da CF, que são os seus parágrafos, proclamaram o reconhecimento da união estável - que, até então, era tratada como relação à margem da lei e da sociedade - e das famílias monoparentais.

2 Casamento Homoafetivo

A busca pelo parceiro ideal e a constituição de uma família ainda faz parte do ideário da maioria das pessoas que habitam o mundo em que vivemos. A perspectiva de se ter uma pessoa para dividir as emoções e superar os obstáculos impulsiona os seres humanos a viverem em família.

Mesmo sendo tão caro e inofensivo o direito de casar, ainda existe uma forte tendência na doutrina conservadora do Brasil em negá-lo aos casais homoafetivos, sob a justificativa de que a CF de 88, bem como o Código Civil

¹⁷ Na realidade, a citação feita desse voto (pag. 43) respeitou a íntegra da idéia exposta pelo Ministro Ayres de Britto, mas o artigo da Constituição Federal de 1967 a que o mesmo quis fazer referência foi o art. 167, que tem o seguinte teor: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.” O citado art. 175 não guarda qualquer pertinência com o tema em estudo (“Art. 175. A primeira eleição geral de Deputados e a parcial de Senadores, assim como a dos Governadores e Vice-Governadores, realizar-se-ão a 15 de novembro de 1970”), devendo ter sido fruto de um equívoco de digitação.

de 2002, combinados com supostas convicções religiosas e morais preconceituosas, não contemplam referida possibilidade.

O art. 1.514 do CCB prevê que o “casamento se realiza no momento em que o *homem e a mulher* manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”. Uma análise superficial induz à conclusão de que o casamento exige a diversidade de sexo.

Todavia, deve ser ponderado que o dispositivo legal citado regula o casamento heteroafetivo, mas nada diz sobre o casamento homossexual, não podendo ser vedado tal ato por uma interpretação extensiva ou mesmo por analogia, sob pena de se ter grave afronta ao art. 5º, II, da CF¹⁸.

Se a identidade de sexo fosse um impedimento para o casamento deveria vir expressamente no art. 1.521 do CC¹⁹, evitando-se especulação doutrinária sobre a vontade do legislador e extirpação de direitos com base em interpretações da lei. O legislador aprovou o atual Código Civil em pleno Século XXI, no auge das reivindicações sociais pelos direitos civis do público LGBT e, se não declarou a diversidade de sexo como um dos requisitos para o casamento, o silêncio deve ser interpretado como um permissivo legal.²⁰

Todavia, o que se tem defendido é que toda essa discussão acerca da possibilidade de casamento civil entre iguais restou superada com o advento da decisão que reconheceu a união estável homoafetiva.

Conforme citado no capítulo anterior, o STF deu interpretação conforme a CF ao art. 1723 do CC para dele excluir qualquer entendimento que

¹⁸ Art. 5º [...]

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹⁹ Art. 1521. Não podem casar:

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

II – os afins em linha reta;

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

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

V – o adotado com o filho do adotante;

VI – as pessoas casadas;

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

²⁰ Em sua obra *União Homoafetiva: o preconceito & a justiça* (2009, pag. 139), a autora Maria Berenice Dias expõe a versão do relator do Projeto do Código Civil de 2002 sobre a omissão em regulamentar a união civil entre pessoas do mesmo sexo, nos seguintes termos: “Miguel Reale, relator do Projeto, rebateu as críticas que recebeu pela omissão, chamando-as de apressadas e absolutamente sem sentido. Justificou-se dizendo que essa matéria não é direito civil, mas de direito constitucional, porque a Constituição criou a união estável entre um homem e uma mulher. Sustentava que, para cunhar-se a união estável dos homossexuais, em primeiro lugar seria preciso mudar a Constituição. Concluiu dizendo *que não era essa a nossa tarefa e muito menos a do Senado.*”

impeça o reconhecimento da união homoafetiva, nos mesmos termos da união estável convencional, devendo aquela possuir os mesmos direitos e gerar os mesmos efeitos. Eis o art. 1723 do Código Civil:

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

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

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

Portanto, o casal homoafetivo que mantenha uma convivência pública, contínua, duradoura e que tenha como objetivo a constituição de uma família deve ser reconhecido como entidade familiar, no formato de união estável, gerando essa união os mesmos efeitos da união heteroafetiva, uma vez que o STF não restringiu a aquisição de qualquer direito²¹.

Como outra decorrência da decisão supra, juristas defendem a possibilidade da conversão da união estável homoafetiva em casamento, com base no art. 1726, que assim dispõe:

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

Ora, se a união homoafetiva, preenchida os requisitos legais, passa a ser considerada união estável, dúvida não resta de que o dispositivo legal supra se aplica, *in totum*, às uniões mantidas pelas pessoas de mesmo sexo.

Depois da esperada decisão do STF, casais que já viviam em união estável há algum tempo protocolaram junto ao Poder Judiciário pedido de conversão das citadas uniões em casamento, utilizando a previsão do art. 226, §3º da CF combinado com o art. 1726 do CC.

²¹ A íntegra da decisão do STF assim dispõe: “Prosseguindo no julgamento, o Tribunal conheceu da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Em seguida, o Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 05.05.2011.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 25 Ago. 2011.

Em alguns Estados brasileiros já foram formalizadas uniões civis com base na disposição legal em análise, logo depois da decisão do STF que equiparou as uniões hetero e homoafetivas. Em Goiânia, no dia 09 de maio de 2011 (4 dias após a decisão), se deu o casamento entre Leorcino Mendes e Odílio Torres²².

Casamentos entre iguais aconteceram na Paraíba, em Santa Catarina, em São Paulo, em Pernambuco, etc, demonstrando tendência exitosa para o amplo acesso ao casamento civil pelos casais homoafetivos.

Em São Paulo foi deferido o primeiro casamento direto entre pessoas do mesmo sexo, ou seja, não se trata de conversão de união estável em casamento, ou seja, o casal formalizou habilitação e teve deferido o pleito²³, com base nos princípios constitucionais que fundamentaram a decisão do STF.

Conclui-se, portanto, que a relevância dos princípios sopesados na decisão do STF sobre a união homoafetiva superou, em muito, a fronteira objetiva das ações (reconhecimento da união estável homoafetiva), demonstrando à comunidade jurídica brasileira que “família” se determina pela essência que é o afeto entre seus membros e não por uma forma preestabelecida de constituição. Nesse sentido, diferença de sexo numa relação afetiva deve ser entendida apenas como uma peculiaridade do relacionamento, jamais como um obstáculo à aquisição de qualquer direito.

CONCLUSÃO

As transformações sociais fazem do direito a ciência dinâmica que é, o mesmo acontecendo com o direito das famílias que se vê impulsionado a evoluir, seguindo as metamorfoses ocorridas na comunidade. Nessa revisão de paradigmas, o direito das famílias encontra-se num momento de “ajustamento”,

²² Disponível em: <[HTTP://www.direitohomofetivo.com.br/NoticiaList.php](http://www.direitohomofetivo.com.br/NoticiaList.php)>. Acesso em: 25 de Ago. 2011.

²³ A decisão mencionada fora proferida nos autos 343/2011 da 1ª Vara do Foro Distrital da Comarca de Cajamar, São Paulo. Disponível em: <[HTTP://www.direitohomofetivo.com.br/NoticiaList.php](http://www.direitohomofetivo.com.br/NoticiaList.php)>. Acesso em: 25 de Ago. 2011.

onde a lei civil, a jurisprudência e a doutrina estão se curvando a um movimento de aceitação das relações de afeto havidas entre iguais.

Depois de muito tempo de anonimato e clandestinidade, os casais homoafetivos resolvem reivindicar seu direito a uma orientação sexual livre, e todos os efeitos daí decorrentes, passando a contar, cada dia mais, com apoio e reconhecimento da sociedade em geral, assim como da comunidade jurídica.

Assim, apesar da precariedade legislativa sobre a formalização das relações homoafetivas, já se pode observar o crescimento do número de teses doutrinárias adeptas da causa e a existência de diversos julgados que albergam os direitos decorrentes de uma união estável entre pessoas do mesmo sexo, culminando com a decisão do STF na ADI 4277 e ADPF 132, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, devendo ser regulada pelo regime previsto para a união estável heterossexual.

Com a evolução da doutrina e jurisprudência sobre a matéria, será apenas questão de tempo para que a lei venha endossar as inovações surgidas, extirpando definitivamente alguns séculos de discriminação legal. Algumas importantes iniciativas já foram implementadas para alcançar essa tão esperada consagração legislativa.

Considerando todas as conquistas alcançadas até aqui e a movimentação social e jurídica que está sendo implementada, só autoriza a conclusão de que o tão sonhado dia em que todos os amantes - indiferentemente de quem se ama, a um igual ou a um diferente de si – serão tratados igualmente e respeitados, com acesso a direitos patrimoniais, sucessórios e familiares. Com isso, as Lésbicas, os Gays, os Bissexuais e os Transexuais ganharão muitos benefícios, mas o povo brasileiro, certamente, é quem triunfará, pois além de reforçar no cenário internacional sua imagem de pacífico e tolerante, ganhará muitos lares felizes para acolher as gerações futuras e ajudar a formá-las com dignidade.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Dóris de Cassia. *A família homoafetiva e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <http://www.jus.uol.com.br/revista/texto/19055>. Acesso 10 Ago. 2011.

CHAVES, Marianna, I. et al. *Portugal e o Casamento Homoafetivo: o que Dizer sobre a Vedação à Adoção por Casais Homossexuais?*. Revista

Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, n. 22, p. 42-59, jun./jul. 2011.

_____. *As Uniões Homoafetivas e a Corte Constitucional Brasileira*. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br>>. Acesso 10 Ago. 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUPREMO Reconhece União Homoafetiva. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, n. 22, p. 101-121, jun./jul. 2011.

Sites Consultados

BRASIL. *ADPF. 132/RJ; ADI. 4277/DF*. Rel. Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22.06.2011.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03 Ago 2011.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03 Ago 2011.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03 Ago 2011.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03 Ago 2011.

_____. *Emenda Constitucional de nº. 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03 Ago 2011.

_____. *Informativo Semanal nº 635 do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo635.htm>>. Acesso em: 03 Ago. 2011.

CASAMENTO Gay divide brasileiros. Seção: Notícias, Ibope Inteligência. Área: Notícias/2011. Disponível em: <www.ibope.com.br>. Acesso em: 02 Ago. 2011.

CARTÓRIO de Cajamar recebe autorização para celebrar o 1º casamento civil homossexual direto do Brasil. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/NoticiaView.php?idNoticia=231>>. Acesso em: 25 Ago. 2011.