

CASAMENTO HOMOAFETIVO

Adriana Pereira Dantas Carvalho¹

Resumo: O presente trabalho traz breves reflexões acerca do mais recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal que equipara a união homoafetiva à união estável, garantindo a esses casais todos os direitos assegurados a este tipo de união e que por sua vez, diante da possibilidade da conversão da união estável em casamento conforme preconizado na Constituição Federal, por analogia, alguns tribunais vem permitindo a conversão da união homoafetiva em casamento. Para realização da presente pesquisa será utilizada como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica, dando destaque à decisão do STJ, que vem fortalecer ainda mais o princípio da dignidade da pessoa humana, onde todos são iguais perante a lei sem qualquer distinção.

Palavras-Chave: Família. Casamento homoafetivo. Decisão do STJ

Abstract: The present study brings brief reflections about the most recent position of the Federal Supreme Court that equates the homoaffective union to the stable union, ensuring these couples all the rights provided to this kind of union that, in this hand, facing the possibility of converting the stable union in marriage as predicted in the Federal Constitution, by analogy, some courts have allowed the conversion of homoaffective union in marriage. For conduction of this research will be used as methodological procedure the bibliographic research, high-

¹ Especialista em Direito Educacional e Direito Processual e Mestre em Psicologia da Educação com linha de pesquisa em Gestão Educacional, no Instituto Superior de Línguas e Administração – ISLA e Doutoranda em Direito Civil na UBA. Professora e Coordenadora da Faculdade de Direito de Garanhuns-FDG

lighting the decision of the Justice Superior Court, which further strengthens the principle of human dignity, where everyone is equal under the law without any distinction.

Keywords: Family. Homoaffective marriage. Justice Superior Court decision

Sumário: Introdução 1. Evolução Histórica da Família 2. Diversas formas de entidades familiares 3. Decisão do STF 4. Casamento homoafetivo e a decisão do STJ. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO



á de se considerar que a família passou por diversas transformações ao longo dos anos, com o intuito de acompanhar a evolução pela qual passou e ainda passa a nossa sociedade. A família deixou uma forma tradicional, composta por pai, mãe e filhos e passou a ser integrada por outros entes, inclusive sem vínculo de parentesco, mas unidos pela afetividade.

Alguns paradigmas vêm sendo quebrados na sociedade brasileira, esta oriunda de um patriarcalismo exarcebado, mas que vem aceitando embora ainda de forma preconceituosa, outros tipos de entidades familiares, como exemplo, a união homoafetiva, homossexual, entre pessoas do mesmo sexo.

Não podemos ainda, dizer que este tipo de entidade familiar é aceito de forma absoluta, mas vem galgando um longo caminho para garantir todos os seus direitos assegurados pela Constituição Federal, e ser tratados com respeito e dignidade, a união homoafetiva assim recebeu o status de família.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

O Código Civil de 1916 regia apenas a família constituída através do casamento, entre o homem e a mulher, conhecida como a família tradicional, sendo esta considerada indissolúvel.

Para melhor compreensão dessa evolução pela qual passou a família brasileira, há de se fazer referência a algumas leis que aos poucos foram garantindo direitos, principalmente às mulheres, como por exemplo, a Lei nº 4.121/62, o estatuto da mulher casada, que possibilitou a mulher de administrar os bens que lhes eram reservados.

Outra importante contribuição foi a Lei nº 6.515/77, a lei do divórcio, veio alterar a definição de família, possibilitando a dissolução do vínculo e a constituição de novas famílias.

A Família vem passando por grandes modificações, e isso, despertou no Estado um maior interesse na sua tutela jurídica, fazendo surgir outras formas de arranjos familiares além dos enumerados na Constituição Federal.

Pode-se confirmar essa posição com o caput do art. 226 da Constituição Federal (BRASIL²) que estabelece: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Assim, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma maior preocupação com a família, garantindo a ela uma série de direitos, possibilitando a formação de outros tipos de entidades familiares, sendo, portanto, esse rol exemplificativo.

E aos poucos vislumbramos uma constitucionalização do direito de família que vem sendo cada vez mais tutelado pelo Estado. A família, de hoje, embora em diferentes concepções, vem se destacando por um valor inerente a qualquer modalidade, o afeto.

A família brasileira deixa de lado o patriarcalismo e passa a ser pautada na igualdade de direitos e obrigações entre os

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 25 de Setembro de 2012.

cônjuges, estes detentores inclusive do poder familiar, antigo pátrio poder. Esse fato foi muito importante para que o ordenamento jurídico brasileiro viesse permitir uma relação conjugal mais justa, onde a mulher passou a dividir com o homem a chefia e responsabilidades para com sua família, conforme preceituado ainda na Constituição Federal, art. 226 § 5º: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (BRASIL³).

Utilizando-se das palavras de Lobo⁴ :

Sempre se atribuiu à família, ao longo da história, funções variadas, de acordo com a evolução que sofreu, a saber, religiosa, política, econômica e procracional. Sua estrutura era patriarcal, legitimando o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher – poder marital, e sobre os filhos – pátrio poder.

Pode-se observar das palavras do autor, que a família era fundada em valores morais, onde o homem exercia um papel de destaque, pois ele era o chefe da família, e a mulher e os filhos lhes eram submissos. Assim é possível verificar como evoluiu a sociedade e junto com ela a família.

Lôbo⁵ fala da mudança sofrida na família ao longo dos anos:

A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana

³ Idem.

⁴ LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 18.

⁵ LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.22.

mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito.

A família embora tenha passado por transformações, ainda exerce um papel muito importante na sociedade e na vida das pessoas de uma forma geral.

2. DIVERSAS FORMAS DE ENTIDADES FAMILIARES:

A Constituição Federal estabelece um rol de entidades familiares, a saber, o casamento, a união estável e a família monoparental. Aos poucos, o ordenamento jurídico brasileiro acompanhando a evolução social, vem aceitando outras formas de família, como por exemplo, a família recomposta, reconstituída ou plurilateral, anaparental e homoafetiva, assim, privilegia-se a afetividade como um fundamento basilar das relações familiares.

2.1 CASAMENTO

Segundo Lobo⁶ : O casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado.

O Código Civil de 2002 estabelece no Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (BRASIL⁷).

O texto legal destaca a responsabilização do casal frente à família, de forma conjunta, destacando-se os princípios da afetividade e da convivência familiar.

⁶ Idem, p.99.

⁷ BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro. Código Civil, 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm Acesso em: 02/08/2012.

2.2 UNIÃO ESTÁVEL

Outro modelo de entidade familiar, prevista constitucionalmente e que é muito comum na nossa sociedade é a chamada União Estável.

A União Estável demorou um pouco para ser reconhecida, como pode se observar das palavras de Gagliano e Pamplona Filho⁸ :

A união livre simplesmente não era considerada como família e a sua concepção era de uma relação ilícita, comumente associada ao adultério e que deveria ser rejeitada e proibida.

Pode-se depreender das palavras dos autores, que a união estável não era reconhecida com o status de família. Assim a chamada família legal, oriunda do casamento foi a única aceita como entidade familiar por um bom tempo.

A união estável era conhecida como concubinato e aos poucos foi sendo tutelada juridicamente quando passou a reconhecer direitos à companheira, como por exemplo, indenização por morte de seu companheiro (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO⁹).

Por um longo período a união estável foi considerada apenas uma sociedade de fato, conforme mostra Gagliano e Pamplona Filho¹⁰ :

Em uma evolução jurisprudencial, posteriormente, passou-se a admitir a existência de uma sociedade de fato entre os companheiros, de forma que a companheira deixaria de ser mera prestadora de serviços com direito a simples indenização, para

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família, Volume VI. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 414.

⁹ Idem, p. 414.

¹⁰ Idem, p. 419.

assumir a posição de sócia na relação concubinária, com direito à parcela do patrimônio comum, na proporção do que houvesse contribuído.

A Constituição Federal estabelece no art. 226 § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL¹¹).

A União Estável também está prevista no Código Civil de 2002, no Art. 1.723. que diz: 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 (BRASIL¹²).

Pode-se observar desse conceito trazido pelo Código Civil que a união estável não se confunde com o namoro, visto que este não tem o intuito de constituir família.

2.3 FAMÍLIA MONOPARENTAL

Seria a família constituída com apenas um dos genitores e sua prole. Conforme estabelecido no art. 266 § 4º (BRASIL¹³) que estabelece: § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Falando sobre a inclusão desse tipo de família na Constituição Federal, Gagliano e Pamplona Filho¹⁴ acrescentam que:

¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 25 de Setembro de 2012.

¹² BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro. Código Civil, 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm Acesso em: 02/08/2012.

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 25 de Setembro de 2012.

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família, Volume VI. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 519.

A profusão de núcleos familiares, estáveis ou temporários, que se enquadram no conceito doutrinário de família monoparental demonstra a importância social do conhecimento do instituto e o sentido da sua inclusão no texto constitucional.

Esse tipo de entidade familiar é muito comum no ordenamento jurídico brasileiro. É o caso, por exemplo, das mães solteiras, dos casais divorciados ou separados e das pessoas viúvas.

Contribuindo com o assunto Madaleno¹⁵ diz:

Famílias monoparentais são usualmente aquelas em que um progenitor convive e é exclusivamente responsável por seus filhos biológicos ou adotivos. Tecnicamente são mencionados os núcleos monoparentais formados pelo pai ou pela mãe e seus filhos, mesmo que o outro genitor esteja vivo, ou tenha falecido, ou que seja desconhecido porque a prole provenha de uma mãe solteira, sendo bastante freqüente que os filhos mantenham relação com o progenitor com o qual não vivam cotidianamente, daí não haver, como confundir família monoparental com lugar monoparental.

O legislador não podia prevê todos esses tipos de entidades familiares formados a partir da evolução social, mas destacou alguns tipos e a partir desses, outros poderiam ser derivados.

2.4 FAMÍLIA RECOMPOSTA

Também conhecida como entidade familiar reconstituída ou plurilateral, é formada por pessoas que se separam ou se divorciam e constituem, respectivamente, outra união ou casam

¹⁵ MADADENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.9.

novamente.

Há de se considerar essas outras formas de arranjos familiares visto que eles apresentam as características básicas a toda entidade familiar, ou seja, afetividade, publicidade e estabilidade (Gagliano e Pamplona Filho¹⁶).

Falando no assunto, Madaleno¹⁷:

A partir do casamento podem surgir e é comum que surjam diferentes ciclos familiares experimentados depois da separação ficando a prole com a mulher em uma nova conformação familiar, dessa feita uma entidade monoparental. Segundo sua trajetória de vida e, sobrevivendo ou não o divórcio, ela se casa novamente ou estabelece uma união e passa a constituir uma nova família que não tem identificação na codificação civil e passou-se a ser chamada de família reconstruída, mosaica ou pluri-lateral.

Nos dias de hoje, esse tipo de arranjo familiar ganha uma proporção imensurável visto a quantidade de relacionamentos desfeitos, bem como ao crescimento do número de divórcio no Brasil.

2.5 FAMÍLIA ANAPARENTAL

Trata-se de um tipo familiar bem peculiar, visto poder ser composta por apenas irmãos que moram juntos, quando os pais forem falecidos, por exemplo.

A Súmula 364 do STJ¹⁸ estabelece que: “O conceito de

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família, Volume VI. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 519.

¹⁷ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 11.

¹⁸ Súmula 364 do STJ – Superior Tribunal de Justiça, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89622. Acesso: em 25 de Setembro de 2012.

impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

Essa súmula vem solidificar ainda mais este tipo de entidade familiar, assegurando o direito à impenhorabilidade do bem de família.

Corroborando com o assunto, Madaleno¹⁹: A família anaparental não tem nenhuma conotação sexual como sucede na união estável e na família homossexual, mas estão juntas com o ânimo de constituir estável vinculação familiar.

Pode-se observar que nesse tipo de entidade familiar não existe a figura dos genitores, mas pessoas que possuem um vínculo de parentesco ou não mas que possuem o mesmo objetivo constituir família.

2.6. UNIÃO HOMOAFETIVA:

A união homoafetiva vem rompendo paradigmas no ordenamento jurídico brasileiro, e aos poucos vem se equiparando à união estável e partir daí os casais homoafetivos passam a exercer direitos e obrigações concernentes às entidades familiares.

Essa união significa basicamente a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que são unidas pelo afeto, vivem de forma pública e tem o objetivo de constituir família.

Por que não reconhecer a união homoafetiva como união estável, já que àquela apresenta as mesmas características desta, união pública, contínua e duradoura, conforme estabelece a Constituição. Apenas pela igualdade sexual e o princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana devem ser desconsiderados?

Aos poucos, os casais homoafetivos vêm ganhando espaço na nossa sociedade e adquirindo direitos na esfera jurídica

¹⁹ MADADENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.10.

como nos mostram alguns julgados abaixo relacionados elencados por Tartuce e Simão²⁰:

“União homoafetiva. Reconhecimento. Princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo” (TJRS, Apelação Cível 70012836755, 7ª Câmara Cível, Rel. Maria Berenice Dias, j. 21.12.2005).

“União Estável. Partilha de bens. Inquestionada a existência do vínculo afetivo por cerca de 10 anos, atendendo a todas as características de uma união estável, imperativo que se reconheça sua existência, independente de os parceiros serem pessoas do mesmo sexo. Precedentes jurisprudenciais. Por maioria, desacolheram os embargos da sucção e acolheram os embargos de TMS” (TJRS, Embargos Infringentes 700006984348, 4º grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Maria Berenice Dias, j. 14.11.2003).

²⁰ TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil. Direito de Família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2010, p. 311.

Lôbo²¹ também apresenta julgados em sua obra a respeito do reconhecimento de direitos a casais homoafetivos:

O Tribunal Superior Eleitoral decidiu no Recurso Especial Eleitoral 24.564-PA, que os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se, à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição, em reconhecimento implícito de sua natureza familiar, ao menos para fins eleitorais. Tratava-se de registro de candidatura de uma mulher ao cargo de Prefeito, que vivia em união homossexual com a atual Prefeita.

A circular n. 257, de 21 de junho de 2004, da SUSEP, em cumprimento a decisão judicial, assegurou que os companheiros homossexuais têm o mesmo direito dos heterossexuais ao pagamento do seguro de carro DPVAT, em caso de morte do outro. O parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional 1503/2010 concluiu pela admissibilidade do companheiro homossexual como dependente, para fins de imposto de renda. Súmula normativa da Agência Nacional de Saúde, em 2010, define como companheiro beneficiário de titular de plano privado de assistência à saúde tanto pessoas do sexo oposto como as do mesmo sexo, obrigando as operadoras a adotarem essa orientação.

Outro direito adquirido pelos casais homoafetivos foi em relação adoção, pois aqui se busca o melhor interesse para criança e o adolescente.

3. DECISÃO DO STF

²¹ LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 94.

Ano passado, o Supremo Tribunal Federal julgou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, versando a respeito do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, equiparando-a a união estável em todos os seus efeitos na esfera jurídica.

Essa decisão fortaleceu ainda mais a união homoafetiva, prevalecendo neste momento o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, onde todos devem ser tratados com igualdade em direitos e obrigações.

Não resta dúvida, que o Tribunal só regulamentou uma situação muito recorrente, mas que, infelizmente, não existe nenhum dispositivo legal que preconize tal assunto, o que permitiu apenas que os casais homoafetivos reconhecessem apenas uma sociedade de fato.

A sociedade passou por transformações grandiosas e essa união não poderia ficar sem ser reconhecida como família, já que preenche todos os requisitos caracterizadores da entidade familiar.

Antes de se comentar a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca da possibilidade do casal homoafetivo poder adotar, como se mostra em parte da sentença abaixo do Processo 2009.202.020729-8 do TJRJ²²:

MENORES. ADOÇÃO. UNIÃO HOMOA-FETIVA. 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 moti-

²² Disponível na íntegra em <http://diversidaderio.blogspot.com.br/2010/07/tjrj-sentenca-de-adocao-homoafetiva.html>

vos 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 à 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...

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido e DEFIRO aos requerentes C.A.M.O e A.L.S. a adoção das criança V.S.P.J de parentesco independente do fato natural da procriação. Determino que após o trânsito em julgado sejam expedidos os atos necessários para: 1 - O cancelamento nos assentos de nascimento da menor no registro civil competente, arquivando-se o mandado, advertindo o Sr. Oficial de Registro que nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões de registro. 2 - Sejam os menores registrados com os nomes de V.M.O.S.S e V.M.O.S.S. Possível dúvida pode pairar sobre a realização do assento de nascimento. No caso, deverá constar que os adotandos são filhos de C.A.M.O e A.L.S, sem

mencionar as palavras pai e mãe e, da mesma forma, em relação aos avós também não explicitará a condição materna ou paterna. Sem custas, nos termos do art. 141, par. 2º do E.C.A. Cumpridas as formalidades legais, procedam-se às necessárias diligências e demais providências de estilo. P.R.I. Após o trânsito em julgado, Arquite-se.

Permitir a adoção de criança e adolescente para casal homoafetivo foi sem dúvida, um grande marco para o direito de família bem como para nossa sociedade. E a partir daí os Tribunais, já que esta não foi a única decisão, passam aos poucos a reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, fazendo-se prevalecer o melhor interesse da criança e adolescente.

Há de se comentar o resultado da ADI 4277 DF, cujo Relator(a): Min. AYRES BRITTO, com julgamento ocorrido em 05/05/2011, com Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341, para isso, destaca-se alguns pontos da ementa do referido processo:

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O *sexo*

das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO *CÓDIGO CIVIL* EM CONFORMIDADE COM A *CONSTITUIÇÃO FEDERAL* (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do *Código Civil*, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça

o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Com essa decisão, temos um avanço no nosso direito de família, ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar.

4. CASAMENTO HOMOAFETIVO: DECISÃO DO STJ

Percebemos ao longo deste trabalho, a inegável conquista da relação dos casais homoafetivos em serem equiparados à união estável, adquirindo todos os direitos e obrigações na esfera jurídica como família.

A Constituição Federal permite a facilitação da conversão da união estável em casamento e hoje a união homoafetiva é considerada entidade familiar, com o status de união estável. E por que não converter essa união homoafetiva em casamento?

Embora não tenhamos nenhum dispositivo legal que regulamente expressamente a união e o casamento homoafetivos, algumas decisões vem surgindo para suprir as lacunas acerca do assunto na legislação brasileira, como pode se destacar de parte do voto do Ministro Luis Felipe Salomão, no REsp 1.183.378/RS²³ que autorizou o casamento homoafetivo:

Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela

²³ Recurso Especial de nº 1.183.378 do Rio Grande do Sul. Disponível na íntegra em http://www.stj.gov.br/porta1_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2249. Acesso em 01 de Outubro de 2012.

optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

De fato, a igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito a auto afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226).

Nessa toada, enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua co-participação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento, salvo se por outro motivo as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio.

Essa decisão é de suma importância para nosso ordenamento jurídico, para nossa sociedade, significa respeito ao ser humano, independentemente de sua opção sexual. Reiterando as palavras do Ministro, “o direito à igualdade somente se rea-

liza com plenitude se é garantido o direito à diferença”.

O site do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM²⁴ publicou recentemente o provimento de nº 04/07, que passará a vigorar no mês de novembro, especificamente a partir do dia 26, no Estado da Bahia, onde se regulamenta o casamento homoafetivo. Assim, os cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais passam a adotar os procedimentos para o casamento civil entre as pessoas de mesmo sexo. Com isso a Bahia passa a reconhecer este tipo de entidade familiar, juntando-se aos Estados de Alagoas, Sergipe e Espírito Santo. É, sem dúvida, um avanço para a sociedade brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável o avanço social pelo qual a nossa social passou ao longo dos anos. A família deixou seu modelo tradicional, aquele construído através do casamento e passou a aceitar outras formas de arranjos familiares.

A Constituição Federal, como ficou demonstrado, estabelece um rol exemplificativo das espécies de entidades familiares, citando apenas o casamento, a união estável e a família monoparental

O legislador não previu outras formas de constituição familiar, mas destacou bem o respeito à igualdade e ao princípio da dignidade humana, onde ninguém pode sofrer qualquer tipo de discriminação, seja em razão da cor, raça ou do sexo.

Outras entidades familiares receberam o status de família, como por exemplo, a família anaparental, recomposta, e a homoafetiva. Esta última rompeu paradigmas ao ser equiparada à união estável, absorvendo todos os efeitos jurídicos oriundos dessa relação, a saber, direito a alimentos, sucessórios, além de

²⁴ IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4900>. Acesso em 16 Ago. 2012.

assumir vários deveres pertinentes à relação conjugal.

A união homoafetiva conquistou muitas vitórias e com elas vários direitos, embora o Brasil não tenha nenhuma legislação que trate do assunto de forma específica. Essa união busca, hoje, regularizar legalmente o almejado casamento civil, que aos poucos vem ganhando espaço, como foi mostrado na decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde em grau de Recurso Especial, foi autorizada a conversão de união homoafetiva em casamento.

Essa decisão inovadora e pioneira no ordenamento jurídico brasileiro vem mais uma vez respeitar os princípios assegurados constitucionalmente, permitindo a formalização legal do vínculo conjugal de pessoas que embora de mesmo sexo são unidas pelo afeto. A partir desse caso, muitos outros vão surgir e sociedade precisa estar preparada para aceitar, sem preconceitos e sem discriminação, esse novo tipo de entidade familiar.

Assim, o Brasil acompanha a realidade social hoje vivenciada e rompe mais um paradigma aceitando o casamento homoafetivo, permitindo a esses casais a garantia de seus direitos e respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana.



REFERÊNCIAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/aca-o-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>. Acesso em 26 Set. 2012.

BRASIL, Código Civil de 1916. Lei nº 3.071 de 1 de Janeiro

- de 1916. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm. Acesso em Set. 2012.
- BRASIL, Lei nº 6.515 de 26 de Dezembro de 1977. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm. Acesso em 25 Set. 2012.
- BRASIL, Lei nº 4.121 de 27 de Agosto de 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm. Acesso em 25 Set. 2012.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 25 Set. 2012.
- BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro. Código Civil, 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 02 Ago. 2012.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família, Volume VI. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4900>. Acesso em 16 Ago. 2012.
- LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- MADADENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- RECURSO ESPECIAL de nº 1.183.378 do Rio Grande do Sul http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.ws?tmp.arquivo=2249. Acesso em 01 Out. 2012.
- SÚMULA 364 do STJ – Superior Tribunal de Justiça, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?t

mp.area=398&tmp.texto=89622. Acesso em 25 Set. 2012.

TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. Direito Civil. Direito de Família. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2010.