



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS 1 – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

AHYANNA DE SOUZA MONTEVERDE

CASAMENTO CIVIL ENTRE CASAIS HOMOAFETIVOS

CAMPINA GRANDE – PB

2016

AHYANNA DE SOUZA MONTEVERDE

CASAMENTO CIVIL ENTRE CASAIS HOMOAFETIVOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Glauber Salomão Leite

CAMPINA GRANDE – PB

2016

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

M781c Monteverde, Ahyanna de Souza.
Casamento civil entre casais homoafetivos [manuscrito] /
Ahyanna de Souza Monteverde. - 2016.
29 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2016.

"Orientação: Prof. Dr. Glauber Salomão Leite, Departamento
de Direito Privado".

1. Casamento civil homoafetivo. 2. Princípios
constitucionais. 3. Dignidade da pessoa humana. I. Título.
21. ed. CDD 347

AHYANNA DE SOUZA MONTEVERDE

CASAMENTO CIVIL ENTRE CASAIS HOMOAFETIVOS

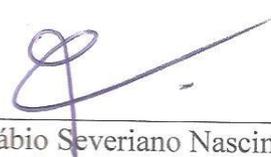
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 10/05/2016

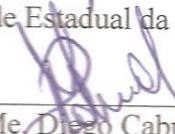
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Glauber Salomão Leite (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr. Fábio Severiano Nascimento
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Me. Diego Cabral Miranda
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 TENTATIVA CONCEITUAL DO CASAMENTO NO ORDENAMENTO PÁTRIO	8
3 A RELEITURA DO CASAMENTO CIVIL ANTE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	11
3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	12
3.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE	13
3.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	14
3.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE	16
3.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	17
4 O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR	19
5 CONVERSÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA EM CASAMENTO	21
6 CASAMENTO DIRETO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO	22
7 RESOLUÇÃO Nº 175/2013 DO CNJ: EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA	24
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	25
REFERÊNCIAS	28

CASAMENTO CIVIL ENTRE CASAIS HOMOAFETIVOS

Ahyanna de Souza Monteverde*

RESUMO

A família vem sofrendo profundas modificações no Brasil e em todo o mundo na contemporaneidade. Em 05 de maio de 2011, por meio do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, o STF entendeu, com efeito vinculante e eficácia erga omnes, que as uniões homoafetivas, igualmente as heteroafetivas, são consideradas entidades familiares. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), recentemente, vedou às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Nesse contexto, trataremos nesse artigo do casamento civil entre pares homoafetivos, ressaltando a releitura do casamento civil ante os princípios constitucionais. Objetiva-se demonstrar que o casamento é um direito disponível a todos, devendo resguardar a dignidade da pessoa humana, por meio de revisão bibliográfica e jurisprudencial brasileira.

Palavras Chaves: Casamento civil homoafetivo, princípios constitucionais, dignidade da pessoa humana.

1 INTRODUÇÃO

A formação da família vem sofrendo profundas modificações no Brasil e em todo o mundo na contemporaneidade. No limiar dessas mudanças, encontram-se as novas famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo que, devido ao preconceito e às barreiras religiosas que se impõem na sociedade brasileira, tem sido alvo da exclusão normativa estatal.

No Brasil, a Carta Magna vigente instituiu o Estado Democrático de Direito, que tem como fundamentos, entre outros, a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana e pauta-se por objetivos, entre os quais, é louvável destacar a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Os direitos fundamentais à liberdade e à igualdade também são expressamente garantidos pela nossa Constituição.

*Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba

Nesse sentido, a luta pelo reconhecimento do casamento entre pares homoafetivos ganha força, tendo em vista que a própria Lei Maior veda quaisquer discriminações e garante os direitos à igualdade e à liberdade, tomando por base sempre o princípio da dignidade humana. As pessoas não podem, portanto, ser discriminadas ou privadas dos direitos supracitados por conta da orientação sexual.

De forma receosa, a legislação ordinária começa a prever direitos aos pares homoafetivos. O advento da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) representou um avanço no que tange ao conceito de família. Compreendida como a relação íntima de afeto, teve ampliada sua definição, abarcando também as uniões homoafetivas¹.

Diante dessa inércia do legislativo infraconstitucional e das recorrentes decisões de juízes e tribunais reconhecendo os direitos decorrentes da união de pares homoafetivos, o STF entendeu, em 05 de maio de 2011, por meio do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, com efeito vinculante e eficácia erga omnes, que as uniões homoafetivas, igualmente as heteroafetivas, são consideradas entidades familiares e delas emanam todos os direitos relativos a estas últimas, configurando, assim, um avanço para o direito das famílias.

Com efeito, um Estado que se autointitula “Democrático de Direito” não deve tolerar qualquer tipo de distinção entre os indivíduos como forma de discriminação por motivo da orientação sexual dos mesmos.

Nesse contexto, trataremos nesse artigo do casamento civil entre pares homoafetivos, resultado do novo paradigma do Direito das famílias engendrado pela constituição de 1988, e refletor da mudança comportamental e estrutural da sociedade contemporânea, fenômeno que, embora ainda não regulamentado em lei específica, vem produzindo efeitos jurídicos.

Será analisado, inicialmente, o instituto do casamento no ordenamento pátrio. Buscaremos conceituá-lo, discutindo suas especificidades, destacando seus efeitos e enfatizando sua finalidade.

Tendo como fundamental e basilar para o matrimônio o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade, será demonstrada a releitura do casamento ante os princípios constitucionais, que no dizer de Paulo

¹ Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que dispõe sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher – 2 ed. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

Bonavides² constitui-se como o alicerce normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional.

Abordar-se-á a equiparação da união homoafetiva à união estável, sob a visão do STF no lendário julgamento que concedeu status de cunho familiar a mesma, vislumbrando grande conquista dos pares homoafetivos. Em consonância a este fato, surgiram novas discussões que giram em torno da possibilidade do casamento homoafetivo mediante conversão da união homoafetiva e, posteriormente, o casamento direto entre pessoas do mesmo sexo, temas que também serão objeto desse trabalho.

Por último, será feita uma abordagem acerca da recente resolução, de número 175/2013, editada pelo Conselho Nacional de Justiça que obriga os cartórios de todo país a celebrarem o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo e a converterem união homoafetiva em casamento, quando receberem demanda dessa ordem, evidenciando seus efeitos e destacando a conseqüente efetivação dos direitos da pessoa humana.

A problemática em questão é se diante dos valores da dignidade humana e do afeto, bem como perante os demais princípios constitucionais fundamentais e frente à jurisprudência que efetiva direitos para os pares homoafetivos, a possibilidade do casamento civil é autorizada, quer seja direto ou por meio da conversão da união homoafetiva, nos termos da legislação brasileira? Objetiva-se analisar tal possibilidade e demonstrá-la por meio da revisão bibliográfica e jurisprudencial.

2 TENTATIVA CONCEITUAL DO CASAMENTO NO ORDENAMENTO PÁTRIO

O instituto do casamento, ao longo do processo histórico brasileiro, e de igual modo, sua tentativa conceitual por parte dos legisladores e da doutrina, apresentaram diversas formas de entendimento, cujas variações se deram de acordo com o contexto sociocultural de cada época. O preconceito, as concepções religiosas extremistas, recobertas por opiniões radicais e “achismos” subjetivos acabam maculando um instituto de extrema importância para a sociedade, como o casamento.

O conceito de casamento pode ser obtido diante de diversos parâmetros, tais quais: a finalidade específica para a procriação, o objetivo restrito da educação dos

² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 237 apud DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 57.

filhos, a expectativa da comunhão de vidas com a efetivação do amor, a construção de uma família, dentre outros.

Destaquem-se os conceitos clássicos, no âmbito do direito brasileiro, trazidos por Lafayette Rodrigues Pereira e Clóvis Beviláquia, raízes para ramificações de diversas outras definições. Para aquele, o casamento é um contrato bilateral e solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida³. Este, por seu turno, define o matrimônio como um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e a educar a prole, que de ambos nascer⁴. Sob um ponto de vista, dá-se ênfase a plena comunhão de vida entre os nubentes. Por outro, enfoca-se o dever e objetivo da criação e educação dos filhos provenientes da união matrimonial.

Maria Helena Diniz defende ser o casamento a mais importante e poderosa de todas as instituições do direito privado, sustentando tal afirmação sob o argumento deste representar uma das bases da família, entendida, na sua visão, como pedra angular da sociedade. Conceitua-o como o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família⁵.

Washington de Barros Monteiro aduz que o matrimônio é a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos⁶.

Numa visão mais atual, Regina Beatriz Tavares da Silva, define o matrimônio como a comunhão de vidas entre dois seres humanos, tendo em vista a realização de cada qual, baseada no afeto, com direitos e deveres recíprocos, pessoais e materiais⁷. Na mesma linha, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, por sua vez, definem o casamento como sendo um contrato especial do Direito de Família, por meio do qual os

³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direitos de família. 4. ed. Rio de Janeiro: Bastos Farias, 1945 apud GONÇALVES, Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39

⁴ BEVILÁQUIA, Clóvis. Direito de família. Campinas: Red Livros, 2001, p.46 apud GONÇALVES, Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39

⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. Vol. 5. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.35.

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Curso de Direito Civil: Direito de Família. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.48.

⁷ Idem

cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres, recíprocos e em face dos filhos, permitindo assim, a realização dos seus projetos de vida.⁸

Com o devido respeito às demais conceituações, optamos por esmiuçar a definição trazida por Gagliano e Pamplona Filho, por parecer-nos mais fidedigna ao novel contexto social. Esclarecemos, em primeiro lugar, que não mais se remete a procriação como finalidade precípua do casamento. Tal interpretação já foi ultrapassada, pois diante da sociedade da informação, não é raro ver casais que se unem tão somente com o objetivo de desfrutar uma vida conjunta de harmonia juntos, sem objetivar a supramencionada filiação.

É importante ressaltar que o livro do Código Civil que versa sobre Direito de Família não traz, expressamente, nenhuma definição de casamento nem tampouco especifica o sexo dos nubentes, de maneira que discordamos da conceituação que afirma ser o matrimônio tão somente o enlace entre duas pessoas de sexo opostos, pois não há no ordenamento pátrio, no âmbito civil, tal especificação. A lei é omissa, mas não restritiva ou proibitiva.

De acordo com o art. 1511 do Código Civil, há sim a determinação de sua finalidade, qual seja a de estabelecer a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges⁹. Em conformidade com o posicionamento exposto por Gagliano e Pamplona Filho, o matrimônio tem como finalidade maior a realização dos projetos pessoais dos cônjuges, a busca da felicidade comum dos nubentes bem como a formação de uma comunidade onde o afeto, a parceria e a dignidade se sobressaiam.

A Lei declina ainda seus efeitos ao atribuir direitos e deveres ao casal. Homem e mulher assumem, de forma mútua, o papel de cumprir com as responsabilidades em relação ao outro cônjuge e à família. É importante deixar claro que o legislador ao citar homem e mulher não os colocou na condição de que houvesse necessária oposição de sexos para efetivação de tais ônus e encargos, mas objetivou explicitar que tanto o homem quanto a mulher, quer seja nas relações hetero ou homoafetivas, assumindo a condição de casados, devem honrar o referido status, conforme preceito ordinário.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Vol. 6. Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.116 -117.

⁹ Código Civil. 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010, p.115.

No ordenamento jurídico pátrio existem duas formas de casamento: o casamento civil (Art. 1512, CC/02) e o casamento religioso com efeitos civis (1515, CC/02). Evidencie-se que, mesmo perante a duplicidade de formas, o casamento é regido apenas pelo Código Civil, o qual estabelece seus requisitos de validade, seus efeitos e impedimentos.

Assim, podemos desembocar no entendimento de que o casamento é uma das principais formas de constituição da família dentro da sociedade e, assim sendo, constitucionalmente, foi reconhecido como basilar para a construção da mesma. Nesse sentido, a possibilidade de os cidadãos constituírem família por meio do casamento civil figura como verdadeira efetivação dos direitos fundamentais, dos direitos humanos. Embora se tenha reconhecimento da jurisprudência, não há previsão no código civil brasileiro do casamento homoafetivo. A explicação para tanto, seja por preconceito ou por temor, configura-se, de pronto, como uma agressão direta ao princípio base explícito na Lei Maior, o da dignidade da pessoa humana.

Corroborando com a análise conceitual, passaremos ao estudo acerca da releitura do casamento civil, sob uma visão constitucionalizada do Direito das Famílias.

3 A RELEITURA DO CASAMENTO CIVIL ANTE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Após a constituição de 1988, tivemos um grande avanço no Direito das Famílias, com a efetiva consagração da força normativa dos princípios constitucionais implícitos e explícitos, fazendo superada a eficácia meramente simbólica desses e, com isto, adotando-se a aplicação da lei sempre a partir da Lei Maior. De acordo com Jorge Medeiros (2008, p.40):

O Direito Civil é fruto da adequação da interpretação jurídica ao paradigma do Estado Democrático de Direito previsto pela Constituição da República, paradigma esse que concede importante dimensão aos princípios constitucionais dentro do ordenamento e na sua relação com os diversos ramos do Direito, superando, dessa forma, leituras tradicionalistas que defendiam a ideia de desnecessidade de adequação do ramo civilista aos princípios presentes na constituição.

A constitucionalização do Direito Civil implicou, assim, na interpretação da lei civil perante as regras e princípios dispostos na Constituição, e não o inverso. Ou seja, não deve a constituição ser interpretada segundo o Código Civil, como muitos doutrinadores e juristas ainda insistem fazer com frequência não rara, mas deve a Constituição servir de parâmetro, como concreto ponto de partida.

Com efeito, aqueles que defendem como inexistente o casamento homoafetivo, alegando a necessidade da diversidade de sexos como requisito para realização do matrimônio, não fazem uma interpretação do casamento a partir da nossa Carta Magna, haja vista que deixam de avaliar os princípios constitucionais, tais quais os da solidariedade, da liberdade, da igualdade, da afetividade e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Abordaremos os princípios que norteiam as relações matrimoniais no âmbito civil, sem a pretensão de esgotá-los, mas com intuito de demonstrar quão fundamentais são para a realização da justiça entre os cidadãos, sejam eles partícipes de uniões hetero ou homoafetivas.

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana reveste-se na constituição contemporânea do caráter universal, sendo considerado como um macroprincípio do qual se desenvolvem os demais. A dignidade é um valor moral e espiritual inerente à pessoa humana, revelando-se como um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.

Consagrado no primeiro artigo da constituição federal como fundamento do Estado Democrático de Direito, tem por escopo a realização do ser humano, de maneira que o homem é colocado na posição central, nuclear do universo jurídico e todos os seres são abrangidos, gerando uma obrigação ao poder público que por sua vez rege tanto a regra de Direito quanto a sua aplicabilidade não excluindo, portanto, o respeito à orientação sexual e à constituição das novas famílias regidas pela comunhão afetiva. Sabiamente, afiança Maria Berenice Dias¹⁰ :

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Ocorre a personalização dos institutos jurídicos com esse novo paradigma, provocando a despatrimonialização dos mesmos, e exigindo do Estado não somente

¹⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). Direito de família e novo Código Civil. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 101-132 apud DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 63.

abstenção de condutas atentatórias à dignidade humana, mas, sobretudo, requerendo sua promoção efetiva, de forma a suprir as necessidades mínimas existenciais de cada ser humano.

A realização irrestrita dos homens e mulheres abrange o direito do ser humano de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade, de obter o respeito da sociedade e o reconhecimento do Estado para unir-se afetivamente com pessoa do mesmo sexo, quer seja por meio da união estável ou do casamento. Não podem os homossexuais ter sua dignidade esmagada num estado que se diz democrático de direito e que tem como pilar balizador o princípio da dignidade humana. Seria uma violação à ordem principiológica disposta na magnânima Lei Maior, e violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. Significa a transgressão de todo um sistema jurídico.

3.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Anteriormente, o Direito de família era muito estático e conservador, não admitia o exercício da liberdade de seus constituintes, que se encontravam adstritos ao modelo patriarcal e matrimonial. Com a constituição de 1988 e a efetiva disposição dos direitos e garantias fundamentais, revelado por meio da primeira geração já em seu art. 5º, caput, o princípio da liberdade deflagra o poder de escolha, de autodeterminação e de deliberação entre várias opções disponíveis, que detém os cidadãos. Tem o Direito a função tão somente de prover e coordenar as liberdades humanas (não de abortá-las) a fim de assegurar justamente as liberdades individuais.

Com base nas transformações sociais, o princípio da liberdade ganhou nova dimensão, implicando em uma democratização da constituição da família. Dessa maneira, foi garantido aos particulares o exercício amplo da liberdade como forma de afirmação da dignidade humana de cada um. Assim, vislumbramos as liberdades de associação, de expressão, de credo, de informação, de profissão, do desenvolvimento da própria personalidade, bem como a liberdade sexual, compreendida como a liberdade de se relacionar sexualmente com quem assim pretenda, e a liberdade de orientação sexual.

Norteadas pelo desdobramento em gerações dos direitos e garantias fundamentais, pode-se assegurar que a sexualidade é um direito de primeira geração, tal qual a liberdade e a igualdade, pois abarca o direito à liberdade sexual, que se constitui como natural, imprescritível e inalienável. A liberdade, sob uma perspectiva de livre exercício da vida privada, intimidade, privacidade, se traduz, cada vez mais, na ideia de

poder concretizar, sem intervenção de qualquer natureza, as próprias metas da vida, o próprio projeto individual, exercendo como melhor convier.

As bases principiológicas dos direitos humanos pressupõem-se como sustentáculo da liberdade dos indivíduos. Nessa direção, não é possível pensar em liberdade apregoando-se e limitando-se o casamento civil exclusivamente às pessoas de orientação heterossexual. Não pode a liberdade sexual/afetiva, decorrente da autonomia privada de cada um, ser tolhida ou ignorada pelo Estado, o qual possui a incumbência exatamente promover o bem de todos e garantir que os cidadãos gozem plenamente de suas liberdades.

Assim sendo, em conformidade com a nossa Carta Magna, não é legítimo ao Estado determinar qualquer tipo de orientação sexual, excluindo as demais do escopo de seu reconhecimento, posto que além de ferir a liberdade sexual dos homossexuais, viola-se, por conseguinte, a dignidade dos mesmos, colocando tal categoria numa situação marginal frente à sociedade como um todo.

Em pleno século XXI, é inadmissível que a liberdade de escolha por um parceiro do mesmo sexo, para compartilhar a vida comum, dividindo e somando seus projetos e sonhos, no intuito de constituir família, encontre empecilhos impostos pela legislação brasileira. A homossexualidade é um fato que sempre existiu e sempre existirá. Foge do desígnio de qualquer legislação a imposição obrigatória de determinada orientação sexual, pois o amor e o desejo por pessoa do mesmo sexo vão muito além do preconceito arraigado nas opiniões dos seres humanos.

Notadamente, há de se reconhecer o direito do casamento civil entre os pares homoafetivos, ainda que não esteja preceituado de forma expressa na lei. As minorias tem de ser ouvidas, respeitadas e reconhecidas pelo Estado Brasileiro, igualmente aos demais cidadãos, representantes da maioria. Por esse motivo, o princípio da liberdade está umbilicalmente atrelado ao princípio da igualdade, objeto próximo de análise.

3.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Considerado como um princípio basilar da estrutura jurídica constitucional, a igualdade foi amplamente preceituada na Constituição Federal de 1988. Primeiro, em seu preâmbulo¹¹, em que é elevada a valor supremo de uma sociedade fraterna,

¹¹ Constituição da República Federativa do Brasil. Ed. administrativa atualizada em dezembro de 2011. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2012, p. 9.

pluralista e sem preconceitos, considerando a formação do Estado Democrático de Direito.

Depois, a Carta Magna resguardou a igualdade em seu artigo 3º, inciso IV, sob o desdobramento do respeito à diferença, erigido ao status de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, determinando a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹².

A nossa Constituição ainda salvaguardou a igualdade quando dispôs em seu artigo 5º, caput, sob o escudo da dignidade da pessoa humana, a igualdade 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 propriedade¹³.

Observemos que a igualdade pode ser vista sob o aspecto formal bem como mediante uma perspectiva material. Aquela indica que todos, independentemente de suas especificidades pessoais, quer seja de gênero, poder aquisitivo ou questões regionais, serão tratados da mesma forma pela lei. Já a última ilustra-se como a verdadeira busca pela justiça social, ponderando as especificidades dos casos concretos e abalizando as discrepâncias existentes na sociedade atual, na medida em que a lei deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Destaque-se que a referida isonomia não sugere de forma alguma discriminação. De acordo com esse princípio, são vedadas as diferenciações arbitrárias, tornando-se indispensável uma justificativa razoável e objetiva, em consonância com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, para que as diferenças normativas não sejam discriminatórias, devendo haver uma relação de proporcionalidade entre os meios utilizados e a finalidade perseguida, sempre de acordo com os direitos e garantias constitucionais.

Com base nesse princípio, os homossexuais teriam os mesmos direitos concedidos aos heterossexuais, inclusive ao casamento, principalmente após superada a problemática que circundava o reconhecimento da união estável homoafetiva como

¹² Idem, p.11.

¹³ Idem, p. 13.

entidade familiar, com o julgamento da ADI 4227 e da ADPF 132, que será detalhada a posteriori neste trabalho. Assevera Maria Berenice Dias¹⁴:

O princípio da igualdade não vincula somente o legislador. O intérprete também tem de observar suas regras. Assim como a lei não pode conter normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, o juiz não deve aplicar a lei de modo a gerar desigualdades. Em nome do princípio da igualdade, é necessário que assegure direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar também o juiz a se calar. Imperioso que, em nome da isonomia, atribua direitos às situações merecedoras de tutela.

Informa o magnânimo princípio que se deve dispensar a consideração igualitária a todos os indivíduos, sem ignorar suas diferenças fáticas, mas, exatamente em virtude dessas, tratá-los por igual. Assim, o estorvo ao acesso dos casais homoafetivos ao casamento não possui fundamento lógico-racional, constitui discriminação e tolhimento de direitos apenas em razão da orientação, o que não deve ser tolerado em um Estado Democrático de Direito.

Diante disso, em atenção à Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana foi erguida como princípio fundamental da ordem jurídica, e de igual modo os direitos a igualdade, liberdade e respeito à diversidade foram realçados, não sendo, portanto, razoável qualquer tentativa de restrição ou negativa de direito às pessoas em função de sua orientação sexual.

3.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Em conformidade com os ensinamentos da notável jurista Maria Berenice Dias¹⁵, o princípio da solidariedade tem origem nos vínculos afetivos, revestido de forte conteúdo ético, abarcando a própria significação do termo solidariedade, que abrange a fraternidade e a reciprocidade.

Revela-se constitucionalmente já quando, no preâmbulo da nossa Carta Magna, é assegurada uma sociedade fraterna, bem como pode ser extraído do Art. 3º, inciso IV, da mesma Lei Maior, ao prescrever que é objetivo da República promover o bem de todos e se desnudar de quaisquer preconceitos.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 66.

¹⁵ Idem.

É nesse sentido, de respeitar o ser humano, com as diferenças que se apresentam e as escolhas distintas que cada qual realiza, que se insere o princípio da solidariedade como um dos sustentáculos das uniões homoafetivas, nos trazendo a lição de que deve-se respeitar o direito do outro, contribuindo com uma existência digna de todos os seres humanos, superando o preconceito e cooperando para a construção de uma sociedade mais harmônica, fraterna e solidária.

3.4 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A proteção e o reconhecimento dos direitos humanos estão abundantemente consagrados na constituição federal de 1988. Entretanto, a nova luta que urge no ordenamento jurídico consiste em proteger todos os direitos relativos ao cidadãos, inclusive à classe homossexual. Dessa forma, denotamos que a dignidade da pessoa humana deve ser almejada e priorizada sempre, englobando assim, como bem maior, o afeto.

Faz-se mister a preservação e o respeito aos afetos de cada indivíduo, para que este atinja a plenitude da felicidade e torne-se detentor da tão desejada dignidade. O afeto, por sua vez, está inserido dentro da dignidade da pessoa humana e da liberdade de escolha, tendo em vista constituir-se como um elemento modelador da família e da sociedade.

Embora não esteja expresso na constituição, o princípio da afetividade se revela no instante em que a constituição elenca um vasto rol de direitos individuais e coletivos, com intuito de garantir a dignidade de todos, importando em um efetivo compromisso de assegurar o afeto.

Demonstra sua importância para o direito das famílias no momento em que eleva ao status de entidade familiar as uniões estáveis, consagrando o afeto como principal requisito para constituição da família. No dizer de Paulo Lôbo¹⁶, a família recuperou a função que, por certo esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por laços afetivos, em comunhão de vida. Nesse sentido, Maria Berenice Dias¹⁷ argumenta:

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

¹⁶ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 48.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 68.

seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo, na expressão de Perrot. A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudomista da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental.

Ademais, é de suma importância destacar que a Carta Magna, em seu artigo 226, dispõe sobre a judicialização do afeto, de modo que o reconhece como sendo fundamento da natureza familiar, tanto no casamento civil como na união estável ou monoparental, e, com efeito, acolhe todas as relações fundadas no amor bem como aquelas em que se pode visualizar o intuito da constituição de família.

É perceptível, dessa forma, em consonância com o princípio da afetividade, que não se pode impedir a criação e composição da família por casais homoafetivos, inclusive através de sua constituição por meio do casamento civil, pelo simples argumento de que a orientação sexual dos nubentes seria distinta da considerada maioria estatal, posto que o afeto também se constitui alicerce nessas relações, configurando-se, desta feita, como um princípio fundamental não somente para o casamento, mas para o Direito das famílias como um todo.

Ante o exposto, o casamento civil, diante da constitucionalização da legislação ordinária, não pode significar uma instituição pautada por dogmas religiosos, opiniões taxativas, preconceituosas e temerosas. Entendemos, pois, haver total descabimento ao suscitar a diversidade de sexos como requisito para realização do casamento civil. Não há previsão legal infraconstitucional da referida proibição; não há respaldo constitucional nesse sentido. O casamento tem de ser enxergado consoante os princípios constitucionais, mediante o que dispõe a nossa Carta Magna, respeitando seus requisitos e, sobretudo, resguardando a dignidade da pessoa humana, devendo estar disponível para todos, independente de orientação sexual, tendo em vista seu entendimento como um direito universal, não um privilégio heterossexual. Em sutis palavras, Mariana Chaves¹⁸ assevera:

Em virtude da constitucionalização do direito civil, observar-se-á que houve superação de tentativas hermenêuticas “ao revés”, cujo intuito era o de compreender a Carta Magna e seus princípios a partir de normas existentes nos diplomas infraconstitucionais, como o Código Civil. A Lei Maior deve nortear todo o sistema jurídico, e não o contrário. (...) O meio jurídico deve, além de respeitar as normas constitucionais, atender a uma visão mais abrangente da realidade, analisando e

¹⁸ CHAVES, Marianna. Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade – Um panorama luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011, p.34.

discutindo os vários aspectos que emergem dos relacionamentos afetivos, incluindo-se os homoafetivos.

Os tribunais tem reconhecido o direito ao casamento dos pares homoafetivos e, por reiteradas vezes, recorrem aos princípios constitucionais para fundamentar suas decisões.¹⁹

4 O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

Em função da evolução da estrutura familiar, o ordenamento jurídico pátrio não poderia permanecer inerte diante das mudanças sociais. Assim, a relação homoafetiva passou a ser reconhecida por vários órgãos do Poder Judiciário nos últimos anos, tendo como finalidade precípua a incorporação dessa alteração comportamental na própria legislação.

Contudo, faz-se mister destacar que a nossa Carta Magna não limita a formação da família aos casais heteroafetivos, à formalidade cartorária ou à celebração civil. Não é taxativo o conceito de família. Assim sendo, a formação da família por pares homoafetivos não fica à margem dos preceitos dispostos na Constituição Federal.

¹⁹ UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ART. 5º, XLI)- A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARÇO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. (STF - RE: 477554 MG , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 16/08/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287)

Corroborando com esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277²⁰ e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132²¹, a união estável para os casais do mesmo sexo, em 05 de maio de 2011.

Com referência a ADPF n. 132, o Governo do Estado do Rio de Janeiro arguiu que o não reconhecimento da união estável homoafetiva avilta preceitos fundamentais como a liberdade, igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente previstos na Constituição Federal. Decidiu, então, a Suprema Corte pela aplicação do regime jurídico das uniões estáveis às uniões homoafetivas dos funcionários públicos do Rio de Janeiro, com previsão no artigo 1.723 do Código Civil.

Diante do clamor social e da constatação fática da existência de pessoas do mesmo sexo que convivem na condição de companheiros, como se casado fossem, a Suprema Corte julgou procedente as respectivas ações constitucionais, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar e equiparando à mesma ao regime concernente à união estável heteroafetiva.

Na mesma direção, o Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n.477554²², já tinha afirmado que o direito à felicidade está, em verdade, postulado na nossa Carta Magna, como derivado do princípio da dignidade da pessoa humana. Outrossim, já havia mencionado que o afeto representa valor jurídico carregado de natureza constitucional, dando ênfase ao novo paradigma que rege o Direito das Famílias. Nesse sentido, também já havia reconhecido que qualquer indivíduo, independente de orientação sexual, é detentor do direito subjetivo para constituição de família.

As supracitadas decisões, com efeito vinculante e eficácia erga omnes, representaram um avanço histórico para as minorias sociais representantes dos grupos LGBT – lésbicas, gays, bissexuais e travestis. Efetivaram direitos na seara jurídica,

²⁰ STF, ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, Dje-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4277&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 18 ago. 2013

²¹ STF, ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, Dje-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=132&classe=ADPF&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 18 ago. 2013

²² Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, Dje-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=477554&classe=RE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 18 ago. 2013

uniformizando o entendimento jurisprudencial na medida em que se impôs o efeito vinculante, atrelando a decisão dos Juízes e Tribunais a deliberarem de acordo, exaustivamente, com os direitos e garantias fundamentais expressos no texto da Lei Maior.

Diante disso, surgiu uma nova celeuma jurídica, no que tange a possibilidade da conversão da união estável homoafetiva em casamento, objeto de análise do próximo tópico.

5 CONVERSÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA EM CASAMENTO

A união estável decorre da convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, conforme ordena o caput do art. 1.723 do CC/02. A essência desse instituto é a ausência de formalismo para sua constituição.

O Código Civil prevê ainda, em seu artigo 1.726 do CC/02, que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. Nesse aspecto, assevera Francisco José Cahali, na atualização da obra de Silvio Rodrigues²³:

Falha, e muito, o legislador em não estabelecer os critérios, os requisitos, as formalidades e os efeitos desse pedido, tornando, assim, inócua a previsão, ao fazer subsistir, nesse contexto, o conturbado ambiente normativo sobre o assunto, desenvolvido pelos tribunais mediante portarias e provimentos, no exercício da Corregedoria dos Cartórios de Registro Civil, e às vezes conflitantes entre si.

Após a exímia decisão do Supremo Tribunal Federal, que retirou a união homoafetiva da situação de marginalização jurídica, dando-lhe o devido reconhecimento como entidade familiar, o grande questionamento que se colocou foi referente à possibilidade da conversão da união estável em casamento civil em relações de pessoas do mesmo sexo.

Persistiu, ainda assim, a divergência entre os juízes e doutrinadores acerca do tema, mas se a Corte Suprema equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis, resguardando àquelas os mesmos direitos conferidos aos casais heteroafetivos, e tendo em vista o que preceitua o art. 226, §3º, da CF/88, em atenção ao princípio da legalidade e em respeito a instrumentalidade jurídica da Lei Maior, não há que se admitir a

²³ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. 28. ed. Atualização de Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6, p. 283-284 apud GONÇALVES, Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p.611.

negativa da conversão da união estável em casamento para pares homoafetivos. É questão de direito adquirido. É faculdade que todos os cidadãos podem exercer.

Assim, alguns magistrados, compromissados com o que dispõe a nossa Carta Magna, passaram a adotar o entendimento de que, a partir do posicionamento consagrado da Suprema Corte, é possível a realização do casamento homoafetivo, assim como são assegurados todos os direitos decorrentes deste instituto para os nubentes do mesmo sexo.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a título ilustrativo, publicou decisão no dia 27 de setembro de 2012, reconhecendo a conversão de união estável em casamento civil entre pares homoafetivos. Na fundamentação, foi evidenciado que a vedação implícita ao casamento entre pessoas do mesmo sexo importa afronta aos princípios constitucionais da não discriminação, da igualdade e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana²⁴.

O Estado deve, portanto, reconhecer a autoridade da supramencionada conversão, do contrário estará pondo à prova toda carga principiológica e normativa de sua Lei Maior. No entanto, além de tornar concreta tal possibilidade constitucional, é de extrema valia que a legislação pátria garanta a habilitação direta para o casamento de nubentes do mesmo sexo junto ao registro civil, sem a necessidade de se recorrer ao poder judiciário para efetuar a conversão.

6 CASAMENTO DIRETO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

A morosidade do Poder Judiciário no Brasil, o desgaste do enfrentamento de um processo, o pagamento das custas decorrentes do mesmo, os gastos relativos, necessariamente, à constituição de advogado, a necessidade de provar o afeto e,

²⁴ Rio Grande do Sul – Apelação cível. Conversão de união estável homoafetiva em casamento. Casamento entre pessoas do mesmo sexo. Possibilidade jurídica do pedido. Desconstituição da sentença para regular processamento do feito. 1. Tendo em vista o julgamento da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132, resta superada a compreensão de que se revela juridicamente impossível o reconhecimento de união estável, em se tratando de duas pessoas do mesmo sexo. 2. Considerando a ampliação do conceito de entidade familiar, não há como a omissão legislativa servir de fundamento a obstar a conversão da união estável homoafetiva em casamento, na medida em que o ordenamento constitucional confere à família a "especial proteção do Estado", assegurando, assim, que a conversão em casamento deverá ser facilitada (art. 226, § 3º, CF/88). 3. Inexistindo no ordenamento jurídico vedação expressa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, não há que se cogitar de vedação implícita, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da igualdade, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo e livre planejamento familiar. Precedente do STJ. 4. Afirmada a possibilidade jurídica do pedido de conversão, imperiosa a desconstituição da sentença, a fim de permitir o regular processamento do feito. Apelo provido. (TJRS, AC 70048452643, 8ª C. Cív., Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 27/09/2012). Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=4&s=62>> Acesso em: 20 ago. 2013

fundamentalmente, a intervenção de um terceiro (Juízo competente) na decisão que duas pessoas tomam de compartilhar a vida juntos e consagrar essa comunhão através do casamento pela conversão da união estável, somaram motivos para o nascimento da reivindicação das pessoas do mesmo sexo que se relacionam afetivamente no sentido de casar-se diretamente. Maria Berenice Dias²⁵ corrobora:

A exigência da intervenção judicial afronta a própria recomendação constitucional de que deve ser facilitada a conversão da união estável em casamento. Ora, a necessidade de processo judicial, que implica contratação de advogado, pagamento de custas e, quem sabe, até produção de provas, é fator complicador. Talvez a exigência se justifique para emprestar efeito retroativo ao casamento. Mas, ainda assim, podem os conviventes obter o mesmo efeito de ordem patrimonial por meio do pacto antenupcial. De qualquer forma, casar é muito mais fácil e, além de grátis, claro que é mais romântico!

A negativa da possibilidade do casamento para pessoas do mesmo sexo implica regressão no direito das famílias. Estar-se-ia retornando a uma hierarquização das entidades familiares, de maneira excludente e sem fundamento legal.

Os cidadãos brasileiros que possuem orientação sexual diversa da maioria tem o direito de serem tratados igualmente pelo ordenamento jurídico. Vivemos em um país laico. Não é possível que certas classes sociais, por serem minorias, sejam discriminadas sob argumentos de cunho estritamente religioso.

O entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça está alinhado à consideração do casamento homoafetivo requerido pela habilitação direta nos cartórios de registro civil. É de se destacar a decisão histórica desse colegiado²⁶, que acolheu o pedido de habilitação para o casamento entre duas mulheres, em 25 de outubro de 2011, no julgamento do RE n. 1.183.378-RS. Conquanto não tenha sido a primeira decisão que permitiu o casamento direto proveniente de relação homoafetiva, é reputada pela doutrina a mais significativa, haja vista que proferida pela Corte cuja missão está na interpretação das leis federais.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 156.

²⁶ DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. (REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=4&s=60>> Acesso em: 01 set. 2013

Foi enfatizado na supramencionada decisão que o casamento civil é a melhor forma de proteção da família pelo Estado e, tendo em vista os inúmeros arranjos familiares reconhecidos pela Constituição Federal, não se admite que essa via seja negada a nenhuma família que por ela optar, sendo irrelevante a orientação sexual dos partícipes. As famílias formadas por casais homoafetivos são, igualmente às constituídas por casais heteroafetivos, norteadas axiologicamente pela dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

Em relação da omissão do Congresso Nacional no que tange aos direitos homoafetivos, destaque-se trecho da decisão²⁷:

Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume explicitamente, sua coparticipação 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 da celeuma do não reconhecimento da habilitação do casamento diretamente junto ao Cartório do registro civil, de forma expressa, pela legislação ordinária pátria, e por outro lado, a garantia desse direito conferida às pessoas que se relacionam afetivamente, possuidoras do desejo de casar-se, pelos tribunais, corroborando em uma farta jurisprudência, foi aprovada em 14 de maio de 2013 a resolução n. 175 que obriga todos os cartórios a celebrarem o casamento civil homoafetivo, assim como a realizarem a conversão da união estável homoafetiva em casamento, quando receberem demanda desta natureza. O tema será abordado com mais detalhes no próximo tópico.

7 RESOLUÇÃO Nº 175/2013 DO CNJ: EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA

Em atenção aos princípios constitucionais expressos na nossa constituição tais quais, a igualdade, a liberdade, a privacidade, entre outros, a resolução nº 175/2013²⁸, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vedou às autoridades competentes, magistrados e delegatários, a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de

²⁷ REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=4&s=60>> Acesso em: 01 set. 2013

²⁸ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf> Acesso em: 05 set. 2013

união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Pontuou Maria Berenice²⁹ Dias:

Para evitar que as pessoas precisem se socorrer do Poder Judiciário, acaba o Conselho Nacional de Justiça de expedir a Resolução 175 que proíbe a toda e qualquer autoridade que recuse aceso ao casamento e à conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

É salutar informar que em seus considerandos, a resolução se fundamenta nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF pela Suprema Corte, nos quais foram afastadas quaisquer atitudes discriminatórias relativas às uniões estáveis homoafetivas, reconhecendo a inconstitucionalidade de distinção de tratamento às famílias formadas por casais homoafetivos. A resolução também se consubstanciou no julgamento do RESP 1.183.378/RS, pelo qual o Superior Tribunal de Justiça decidiu inexistir óbices legais à celebração do casamento entre pessoas do mesmo sexo, já analisado anteriormente.

Nos termos desse ato normativo, a recusa à concretização dos referidos procedimentos “implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis”, as quais, de acordo com o art. 32 da Lei Federal 8.935/94, poderão ser a aplicação da pena de repreensão, de multa, de suspensão ou perda de delegação.

Essa medida representou não somente mais um avanço na busca pelos direitos homoafetivos, mas verdadeira efetivação dos direitos humanos, posto que proporcionou o exercício da dignidade aos grupos sociais minoritários no que tange à orientação sexual, de maneira a colocar o direito de casar-se num patamar universal. Resta agora, aos legisladores brasileiros, em respeito ao ser humano, cumprirem o seu dever legiferante e incorporarem ao ordenamento jurídico, expressamente, o direito dos casais homoafetivos ao casamento civil.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No limiar do novo paradigma da constituição das famílias, inaugurado pela nossa Lei Maior de 1988, cuja constituição se dar com base na afetividade entre seus membros, com o objetivo maior da busca pela felicidade, encontram-se aquelas formadas por pessoas do mesmo sexo.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. Artigo: Quer casar comigo?. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/quer_casar_comigo%281%29.pdf> Acesso em: 05 set. 2013.

A estrutura da família brasileira mudou e o direito, como fenômeno normatizador das mutações sociais, não poderia ficar inerte diante desta realidade. Assim, ainda que tardiamente, a decisão do Supremo Federal reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares e determinou seu regimento sob a mesma perspectiva das uniões estáveis heterossexuais, conforme preceitos do Código Civil vigente.

Os princípios constitucionais da igualdade, da solidariedade, da liberdade e, sobretudo, da afetividade norteiam os preceitos dispostos na legislação ordinária. Portanto, cada norma infraconstitucional deve ser interpretada sob um olhar principiológico, a partir do que dispõe a Lei Maior de nosso país, tendo sempre à vista a preservação da dignidade da pessoa humana. O código civil não poderia fugir ao crivo dessa regra, ainda mais por ser o ramo em que as relações pessoais merecem maior apreço.

O casamento é um direito que deve estar disponível a todos. Não pode ser um instituto que esteja ao alcance apenas de um determinado padrão social imposto pela maioria. As minorias, representantes da população LGBT, que se relacionam afetivamente, possuem planos de vida conjunta, alimentam sonhos, buscam sua felicidade em parceria, não podem ser impedidas por terem orientação sexual diversa da maioria. O afeto é o objetivo maior desse instituto, a única razão plausível para o matrimônio. No dizer de Orlando Gomes, o que há de novo é a tendência para fazer da *affectio a ratio* única do casamento³⁰.

A partir do momento em que o STF equiparou as uniões homoafetivas a entidades familiares, findaram quaisquer óbices no que tange a realização do casamento homoafetivo. O preconceito, os dogmas religiosos contrários à união homoafetiva, a própria fobia ao homossexualismo não constituem argumentos razoáveis para o entrave que enfrentam os casais homoafetivos na busca pela felicidade, por meio do casamento.

A recente resolução do CNJ veio para consagrar, de forma paliativa, a ordem principiológica constitucional, na medida em que determinou a obrigatoriedade da celebração, habilitação de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Contudo, não é suficiente.

Conforme demonstrado ao longo desse estudo, chegamos a conclusão de que o casamento civil homoafetivo sempre esteve garantido no ordenamento jurídico ante os

³⁰ GOMES, Orlando. O novo direito de família. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984, p.26 apud LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 49.

princípios constitucionais, mas o legislativo precisa agir, legislar, colocar expressamente disposto em lei os direitos homoafetivos, inclusive, a regulamentação do casamento civil para as pessoas do mesmo sexo, a fim de garantir a segurança jurídica à população LGBT.

ABSTRACT

The family has undergone profound changes in Brazil and around the world nowadays. On May 5, 2011, through the judgment of ADPF 132 and ADI 4277, the Supreme Court held, with binding effect and effectiveness erga omnes, that gays unions, also the heteroafetivas are considered family entities. The Conselho Nacional de Justiça (CNJ) recently sealed the competent authorities to refuse clearance, civil wedding celebration or conversion into stable same-sex marriage. In this context, we will address in this article civil marriage between homosexual couples, highlighting the rereading of civil marriage before the constitutional principles. The objective is to show that marriage is a right available to all, and must protect the dignity of the human person, through literature and Brazilian judicial review.

Key Words: gay civil marriage, constitutional principles, human dignity.

REFERÊNCIAS

CHAVES, Marianna. Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade – Um panorama luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Artigo: Quer casar comigo?. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/quer_casar_comigo%281%29.pdf> Acesso em: 05 set. 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. Vol. 5. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Vol. 6. Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Curso de Direito Civil: Direito de Família. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2011

Legislação:

Código Civil. 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010

Constituição da República Federativa do Brasil. Ed. administrativa atualizada em dezembro de 2011. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2012.

Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que dispõe sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher – 2 ed. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

Jurisprudências:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4277&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 20 abr. 2016

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=132&classe=ADPF&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 20 abr. 2016

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=477554&classe=RE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 20 abr. 2016

<<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=4&s=62>> Acesso em: 20 abr. 2016

<<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=4&s=60>> Acesso em: 28 abr. 2016

<<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=4&s=60>> Acesso em: 28 abr. 2016

<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>
Acesso em: 28 abr. 2016