

**UNIÃO HOMOAFETIVA: CONTORNOS DA DECISÃO EM AÇÃO
DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE E AS RECENTES
DISCUSSÕES QUANTO A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DO
RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA EM CASAMENTO**

**STABLE HOMOSSEXUAL UNION: CONTOURS OF DECISION IN
DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY AND RECENT
DISCUSSIONS ABOUT THE POSSIBILITY OF CONVERTING THE
RECOGNITION OF SAME-SEX CIVIL UNION INTO A MARRIAGE**

MARCELLUS POLASTRI LIMA¹

RENATA VITÓRIA OLIVEIRA DOS S. TRANCOSO².

Resumo

As Uniões Homoafetivas vêm ganhando espaço no cenário de discussões em nosso tribunais e doutrina. Busca-se resguardar direitos aos pares homoeróticos como nas uniões estáveis heterossexuais. Assim, este artigo cuidará de realizar breve análise jurisprudencial e doutrinária quanto aos contornos constitucionais que se tem dado ao estudo do reconhecimento das Uniões Homoafetivas. Se realizará paralelo entre as posições doutrinárias e jurisprudenciais anteriores à Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, e as razões da decisão em ADI e, por fim, o mais recente questionamento quanto à possibilidade de conversão do reconhecimento da União Homoafetiva em casamento civil. Para o

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor-Doutor da Universidade Federal do Espírito Santo-Graduação e Mestrado em Direito Processual. Pesquisador Convidado da Universidade de Göttingen -Alemanha- (Instituto de Direito Criminal e Internacional). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. IBDP. Procurador de Justiça.

² Mestranda em Direito Processual da Universidade Federal do estado do Espírito Santo. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera Uniderp. Especialista em Gestão Educacional Integrada Instituto Superior de Educação e Cultura Ulysses Boyd. Graduada em Direito pela Universidade de Vila Velha. Professora universitária do Centro de Ensino Superior de Vitória. Advogada.

desenvolvimento do presente artigo a metodologia utilizada foi descritiva e analítica, desenvolvida através de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: União Homoafetiva. Constitucional. Reconhecimento. Casamento.

Abstract

Unions between people of the same-sex are gaining space in discussions in our courts and in doctrine. The aim is safeguard rights of homoerotic pairs like in heterosexual stable partnerships. This article will take care to make a brief analysis of jurisprudential and jurists' opinion about the constitutional contours that has been given the study of recognition of the same-sex unions. We compared the doctrinal and jurisprudential positions before the legal action of Direct Action Of Unconstitutionality nº 4.277/DF, and the reasons for the decision in DAU, finally, we bringing the latest questioning of the possibility of converting the recognition of same-sex civil union into a marriage. The methodology and analytical and descriptive developed through literature search.

Keywords: Homoerotic pairs. Constitutional. Recognition. Marriage.

INTRODUÇÃO

O direito, em sua eterna mutação, admite que a evolução social venha contribuir para criação de novos conceitos, desta feita, ante a formação de entidades familiares fora dos parâmetros tradicionais, se faz necessário o respaldo de nossos tribunais para deferi-lhes caráter não discriminatório, com no mínimo, uma razoável igualdade com as demais uniões retirando-as da marginalização jurídica.

Observa-se que, apesar de existir lacuna legislativa quanto ao reconhecimento das Uniões Homoafetivas como entidades familiares, quando observado o sistema jurídico brasileiro, se pode concluir que há fundamento, inclusive constitucional, para que seja consolidado o aspecto jurídico familiar das uniões homoeróticas, tanto o é que o Supremo

Tribunal Federal em Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4277/DF, reconheceu à União Homoafetiva os caracteres de entidade familiar.

Assim, veremos que a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4277/DF, supre a lacuna existente e declara a identidade da União Homoerótica com a União Estável entre heterossexuais.

Porém, a controvérsia que surge, após a decisão da Corte Constitucional é se o reconhecimento da entidade familiar adveio de ativismo judicial e, ainda, se do reconhecimento da união tem o efeito de também permitir o casamento do par homoafetivo.

Dessa forma, pretende-se com o presente artigo trazer argumentos visando apresentar a existência de lacuna legislativa em relação às Uniões Homoafetivas, buscando demonstrar a necessidade social da atuação da Corte Constitucional, que não deve ser simplesmente considerada como ato de ativismo judicial e, por fim, a possibilidade ou não de estender os efeitos da decisão de reconhecimento de União Estável Homoafetiva permitindo a celebração de casamentos.

1. LACUNA LEGISLATIVA E A NECESSIDADE DE SUPRIMENTO

A opção pelo par afetivo relaciona-se com o exercício do Direito de Privacidade que para Marcelo Novelino (2008, p.46) é o direito que

confere ao indivíduo a possibilidade de conduzir sua própria vida da maneira que julgar ser mais conveniente sem intromissão da curiosidade alheia, desde que não viole a ordem pública, os bons costumes e o direito de terceiros.

Assim, na esfera íntima do Direito da Privacidade, seguindo a “Teoria das Esferas”, temos que se permite ao indivíduo ter respeitado “seu mundo intra-psíquico aliado aos sentimentos identitários próprios (auto-estima, auto-confiança) e à sexualidade” (NOVELINO apud FARINHO, 2008, p.45) não havendo qualquer óbice em nosso ordenamento quanto a natural orientação afetiva humana, não cabendo, desta forma, haver discriminação dos pares que optam pela escolha homossexual.

Note-se, que o ordenamento jurídico brasileiro, quanto à união entre pessoas de mesmo sexo, além de não excluir os pares homoafetivos também nada regulamentou, havendo, assim, aparente lacuna legislativa.

Ora, o art. 226, § 3º, CRFB, estende o conceito de entidade familiar aos coniventes em União Estável. Em igual sorte, o Código Civil, em seu Título III, do livro de família, regulamenta a União Estável, nada comentando quanto à união existente entre homossexuais, apenas repetindo o texto constitucional, quanto à formação da entidade familiar entre homem e mulher.

Portanto, não houve a exclusão expressa da união homoerótica pelo legislador, não cabendo, portanto, ser alvo de exclusão pelo intérprete.

Assim, não há dúvida quanto à existência de lacuna legal do texto constitucional, nesse sentido, os ilustres ensinamentos da Desembargadora Maria Berenice Dias (2008, p.15):

Limitou-se o constituinte a citar expressamente as hipóteses mais frequentes – as uniões estáveis entre um homem e uma mulher e a comunidade de qualquer dos pais com seus filhos – sem, no entanto, excluir do conceito de entidade familiar outras estruturas que têm como ponto de identificação o enlaçamento afetivo. O caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Assim, não há como deixar de reconhecer que a comunidade dos filhos que sobreviveram aos pais ou a convivência dos avós com os netos não constituem famílias monoparentais. Da mesma forma não é possível negar a condição família às uniões de pessoas do mesmo sexo. Conforme bem refere Roger Raupp Rios, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano”.

Ainda, em texto publicado na Revista Brasileira de Direito de Família, pelo advogado, membro da Comissão de Combate ao Preconceito e à Discriminação OAB/SE, Diogo de Calazans Melo Andrade citando José Carlos Texeira Giorgis, assim afirma (2005, p.59)

Segundo Giorgis, o art. 226, §3º, da carta Política não é taxativo, não apresenta proibição expressa para a constituição das relações entre pessoas do mesmo sexo e deve ser interpretado com o auxílio do método da “unidade da constituição” pelo qual o operador do direito deve integrar todas as normas constitucionais: “Portanto, tendo prescrito que o casamento e a união estável seriam constituídos por homem e mulher, deixou de antever que a entidade familiar ainda podia ser formada por um homem (ou mulher) e seus descendentes, o que impele concluir que o texto não é taxativo ao conceituar como entidade familiar apenas os modelos que descreve. Na ausência de proibição expressa, ou de previsão positiva, postula-se a interpretação da Constituição de acordo com o cânone hermenêutico da “unidade da Constituição”, segundo o qual uma interpretação adequada ao texto exige a consideração das demais normas, de modo que sejam evitadas conclusões contraditórias, pois sob o ponto do direito de família a norma do § 3º do art. 226, da CF/88 não exclui a união estável ente homossexuais.

Apenas para solidificar a necessidade de se realizar interpretação extensiva do dispositivo constitucional, veja-se, recente pensamento lançado no voto-vista, do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Paulo Medina:

Por sua vez, dispõe o § 3º do 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. “Como se vê, a legislação infraconstitucional reportou-se ao dispositivo constitucional para delimitar, melhor dizendo explicar, o que venha ser companheiro ou companheiro para fins de benefício previdenciário. Entretanto, conforme preceitua Luís Roberto Barroso, "(...) toda interpretação é produto de uma época, de uma conjuntura que abrange os fatos, as circunstâncias do intérprete e , evidentemente, o imaginário de cada um. " (Interpretação e Aplicação da Constituição, Editora Saraiva, 2002, p. 1). *Dessa forma, estou a entender que não se trata de um conceito jurídico hermético, que não se possa interpretar de maneira extensiva para melhor atender a uma realidade que não foge aos olhos*".(STJ, 2011)

Configurada lacuna cabe ao intérprete utilizar-se dos demais meios oferecidos pela hermenêutica para suplantá-los. Nesse diapasão, inicialmente cuidaremos da interpretação constitucional e, por conseguinte, da legislação infraconstitucional, realizando paralelo com a decisão da Suprema Corte na ADI 4277/DF, que deu entendimento conforme à Constituição Federal ao art. 1.723, Código Civil.

2. O ART. 226, §3º, CRFB, E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A clássica doutrina entende serem os princípios constitucionais são normas, que sobrepõe, inclusive, às regras constitucionais, já que, são os princípios, a fonte de outras normas.

Crisafulli (PIMENTA, 1999, p. 127) procura desenvolver seus estudos dando nova dimensão à teoria da normatividade quando além de pugnar pelo caráter normativo dos princípios, procura ainda desenvolver as funções integrativa, interpretativa e programáticas dos princípios. Observe-se que todas as três características existiriam como fundamento de qualquer princípio, porém com contornos diferenciados. Por função integrativa, entende ser a que, na ausência de norma específica, caberia ao princípio atuar como regulamentação desses casos e, assim, se afastaria a possibilidade do “non liquet”, já a função interpretativa teria o condão de permitir ao jurista alcançar para a norma um significado que esteja de acordo com

os padrões estabelecidos por todo o sistema jurídico. À função programática caberia revelar a potencialidade e diretrizes do Poder Legislativo e, portanto, ostentaria eficácia mediata.

Para Konrad Hesse (CARRAZA, 2004, p.:42) em “ A força normativa da Constituição”, deve haver sempre respeito ao que, orientam os princípios constitucionais e, nesse diapasão, assim afirma:

[...] aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado democrático. Aquele ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.

Nesse sentido, ante a omissão legislativa quanto ao reconhecimento da União Estável Homossexual, cabe ao intérprete, visando evitar e coibir o “*non liquet*” e, ainda, resguardar valorosos princípios constitucionais, adequar o Direito à moderna concepção de entidade familiar, suprimindo inadequações legais.

Note-se, que a inserção do art. 226, §3º, CRFB, não esgota a matéria quanto à existência de demais entidades familiares, já que, a regra insculpida no dispositivo constitucional, deve estar em consonância com os princípios pugnados em nossa Constituição. Orientando-nos, no mesmo sentido, “o texto constitucional, não importa se brasileiro ou americano, faz com que a validade de um direito dependa não de uma determinada regra positiva, mas de complexos problemas morais” (CHUERI, 1995, p. 82). Tem-se que o dispositivo em comento, é uma “clausula de inclusão” “não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade” (DIAS, 2008 p.: 183). No mesmo sentido é do entendimento de Paulo Diniz Neto Lôbo, citado por ANDRADE (2005, p.: 103), que não é cabível a exclusão de qualquer entidade familiar do rol do art. 226, CRFB, quando preenchidos os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade, assim:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226, CRFB, da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos no âmbito da abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade abertas, dotada de ductilidade e adaptabilidade.

Portanto, não tendo o dispositivo constitucional, realizado exclusão de qualquer entidade familiar, cabe-nos, apenas a análise dos princípios constitucionais que fornecem subsídio ao reconhecimento da união homossexual como organismo familiar.

Enfim, no que cuida ao reconhecimento do relacionamento homoerótico como, entidade familiar, podemos identificar, na doutrina e na jurisprudência, o clamor aos ditames dos princípios da Dignidade Humana, Igualdade, Liberdade e da não discriminação, com o objetivo de dirimir a lacuna legislativa.

Em relação ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento de nossa legislação constitucional (art. 1º, III, CRFB), cabe ao Estado, resguardar o interesse do casal homoerótico, como forma de promover a dignidade humana. Nesse sentido, a sábia doutrinadora e desembargadora Maria Berenice Dias (2008, p.: 60) citando Daniel Sarmento, afirma que:

O princípio da dignidade humana, significa em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos.

Cabe nos limites do Princípio da Igualdade Humana a liberdade de escolha da entidade familiar que se queira constituir, que melhor se adegue ao interesse afetivo, não restando, ao legislador ou ao aplicador do Direito, resguardar apenas os direitos das formações familiares que entendem serem mais adequadas, posto que tradicionais, sendo, portanto, ilegítima, qualquer atitude que traga prejuízo ao ser humano, fundamentando a exclusão apenas em função de sua orientação sexual.

Ademais, para que haja o resguardo do melhor interesse da pessoa humana, não cabe, a marginalização de determinados organismos familiares, protegendo o ideal clássico de família e deixando, a mercê das circunstâncias, as demais entidades, assim, afirma Lôbo (2013):

Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.

Outro princípio a que fazem alusão os aplicadores do Direito é o princípio da igualdade, estabelecido, especialmente no art. 5º, caput, CRFB, veja-se:

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

I. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;"

A aplicação do princípio da igualdade propõe a tentativa de tratamento paritário das várias entidades familiares, assim, por certo, cabe a aplicação dos mesmos termos da União Estável Heterossexual à União Homoerótica. Esse entendimento, que se funda no Princípio da Igualdade, vem sido ostentado em várias decisões judiciais e, nesse diapasão, observa-se decisão do colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento - voto-vista do ministro Paulo Medina - do Recurso Especial nº 395.904 – RS (STJ, 2005, p. 165), interposto pelo Instituto Nacional de Seguridade Social, impugnando decisão que determinou a inserção de parceiro homossexual para percepção de pensão pós morte, assim, decidiu ilustre ministro:

O fato de existir uma união estável momento algum foi questionado. A autarquia não se insurge quanto a isso, mesmo porque isto não seria matéria a ser analisada por esta Corte. Daí, depreende-se que a questão é de mera interpretação das normas infraconstitucionais, tendo em vista a Constituição Federal como uma unidade . Conforme ensina o autor antes citado: "*O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições.* " (ob. cit. 192) E não se pode negar que se está diante de uma tensão e contradição. De um lado, a Lei 8.213/91 adotou como conceito de entidade familiar o modelo da união estável entre homem e mulher, ***sem, entretanto excluir expressamente a União Homoafetiva. De outro lado, há uma realidade em que o segurado contribuiu uma vida toda para a Previdência Social e tinha como seu dependente um companheiro do mesmo sexo, constituindo assim, de acordo com as provas carreadas aos autos, uma verdadeira entidade familiar.***"

(...) Destarte, quero ressaltar que, onde o legislador não determinou uma exclusão expressa, não cabe ao interprete do direito fazê-la, sob pena de se descumprir preceito fundamental da Constituição, que ***é a igualdade entre homens e mulheres.***

(...) A Lei 8.213/91, deve, portanto, ser interpretada conforme a Constituição, empregando-se uma interpretação extensiva, onde há uma verdadeira lacuna deixada pelo legislador. Posto isso, meu voto é para acompanhar relator, negando-se provimento ao recurso do INSS. (*Grifo nosso*)

Faz-se a defesa da isonomia de tratamento da União Homoafetiva e a união heterossexual, se posicionando, grande parte da moderna doutrina familiarista, pela utilização da interpretação analógica buscando suprimir a lacuna legal existente, esta que, ocasiona a discriminação das uniões não convencionais, em grande desrespeito aos princípios constitucionais.

Veja-se, que o princípio da liberdade de escolha, também é proclamado na defesa dos interesses de uniões homoeróticas, culminando na garantia do direito de escolha de parceiro afetivo e, por conseguinte, constituir família ao seu modo e de acordo com sua orientação sexual. Lôbo (2013), assim menciona: “A liberdade do núcleo familiar deve ser entendida como “liberdade do sujeito de constituir a família segundo a própria escolha e como liberdade de nela desenvolver a própria personalidade” .

Enfim, deve se extrair do texto constitucional a defesa das várias entidades familiares, em relevo, a União Homoafetiva, posto que a interpretação conforme a Constituição, nos leva a pugnar pela prevalência dos princípios constitucionais, com o fim de se alcançar os ideais de proteção ao ser humano e de respeito as desigualdades na escolha do par afetivo, cabendo ao Estado, garantir de forma efetiva a não marginalização de tais uniões.

Notadamente, ante aos princípios citados, observa-se que o acórdão da ADI 4277/DF restou consignado:

I - Princípio da Igualdade: o legislador e o intérprete não podem conferir tratamento diferenciado a pessoas e a situações substancialmente iguais, sendo-lhes constitucionalmente vedadas quaisquer diferenciações baseadas na origem, no gênero e na cor da pele (inciso IV do art. 3º);

II - Princípio da Liberdade: a autonomia privada em sua dimensão existencial manifesta-se na possibilidade de orientar se sexualmente e em todos os desdobramentos decorrentes de tal orientação;

III - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são merecedores de respeito, consideração e reconhecimento;

IV - Princípio da Segurança Jurídica: a atual incerteza quanto ao reconhecimento da união homoafetiva e suas conseqüências jurídicas acarreta insegurança jurídica tanto para os partícipes da relação homoafetiva, quanto para a própria sociedade;

V - Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade: a imposição de restrições é de ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos da mesma hierarquia. Caso contrário, estar-se-ia diante de um mero preconceito ou de um autoritarismo moral.

Portanto, não como fonte de ativismo como afirmam alguns autores, a decisão de ADI atendeu a preceitos já muito defendidos em doutrina e jurisprudência para o reconhecimento de direitos às Uniões Estáveis Homoeróticas tais como os deferidos às Uniões Estáveis Heterossexuais.

3. O ART 4º, DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (LICC) – A ANALOGIA E OS REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL.

Apesar da existência de lacuna legal quanto à regulamentação dos efeitos da união Homoerótica, não cabe marginalizá-las sem deferir a elas garantias e direitos, já que, existem normas principiológicas que determinam o reconhecimento de direitos aos pares afetivos de mesmo sexo, assim, em busca de solução hermenêutica, cabe realizar interpretação analógica entre as Uniões Livres e a União Estável Heterossexual, é o que veremos.

Note-se, que há uma grande semelhança entre a União Estável heterossexual e a homossexual, já que, são uniões de afeto, não formalizadas de pessoas que convivem como casados fossem, portanto, a analogia ente os dois institutos, vem sendo o meio mais razoável de solução da omissão legislativa.

A boa doutrina e a jurisprudência, vêm se atribuindo dos ditames da Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 4º, que define os meios de solução de omissão legislativa, com a utilização da analogia, para conferirem à União Estável Homoafetiva, iguais valores e direitos aos atribuídos à União Estável Heterossexual.

Como fonte do Direito a produção doutrinária dá grande relevo científico aos estudos do Direito de Família, introduzindo novos conceitos e entendimentos que, por vezes, são contemporâneos a atuação legislativa. Assim, em relação à isonomia existente entre o relacionamento homoafetivo e o heterossexual, boa parte de nossa doutrina, se mostrava favorável ao deferimento dos efeitos jurídicos, para além da formação de apenas uma sociedade de fato entre os pares homoeróticos, mas também, que lhe sejam reconhecidos todos os demais direitos resguardados à União Estável Heterossexual. Nesse sentido, faz-se menção ao entendimento lançado por Fuguie (2002, p. 5.)

“Não há, pois, obstáculo algum para que o conceito de união estável estenda-se tanto às relações homossexuais quanto às heterossexuais. A convivência diária, estável, sem impedimentos, livre, mediante comunhão de vida e de forma pública e notória na comunidade social independe de orientação sexual de cada qual”.

No mesmo sentido ANDRADE apud FERNADES (2004, p.: 111)

Tais parcerias representam, sim, uniões estáveis; só não são, é claro, as uniões estáveis entre homem e mulher de que trata a Constituição naquele dispositivo. Mas todo regramento sobre as uniões estáveis heterossexuais pode ser estendido às parcerias homossexuais, dada a identidade das situações, ou seja, estão presentes, tanto em uma quanto em outra, os requisitos de uma vida em comum, como respeito, afeto, solidariedade, assistência mútua e tantos outros. E se num resíduo de excesso formalístico, estando convencido do pedido, o juiz não se sentir à vontade para proclamar que ali existe uma 'união estável', que declare, então, que a situação configura uma entidade familiar, uma relação inequívoca, uma união homossexual, em que os efeitos, praticamente, serão os mesmos, atendendo-se, sobretudo o

fundamento constitucional que rejeita o preconceito em razão de sexo – ou orientação sexual, como preferimos (CF, art. 3º, IV).”³

Observe-se, em perpasso, que nossos tribunais, já lançavam entendimentos, em relação à utilização da interpretação analógica como forma de resguardar os direitos e garantias constitucionais que delimitam a matéria da União Homoafetiva. Note-se que a matéria vinha ocupando não só os Juízos de Família, mas também outros ramos do Direito, chegando, inclusive, questionamentos, ao Tribunal Superior Eleitoral (RESP 24.564/PA), em matéria de inelegibilidade e, na oportunidade, restou decidido que a união homossexual estável possui o condão tornar inelegível um dos companheiros, vez que, assemelha-se à União Estável Heterossexual, visando coibir a manutenção de um mesmo grupo no poder e, assim foi assentado o entendimento:

Em todas essas situações- concubinato, união estável, casamento e parentesco – está presente, pelo menos em tese, forte vínculo afetivo, capaz de unir pessoas em torno de interesses políticos comuns. Por esta razão sujeitam-se à regra constitucional do art. 14, § 7º, da Constituição Federal. [...] Assim, entendo, que os sujeitos da relação estável homossexual (denominação adotada pelo Código Civil alemão) à semelhança do que ocorre com os sujeitos da união estável, concubinato e de casamento, submetem-se a regra de inelegibilidade prevista do art. 14, § 7º, Constituição Federal.

Outros muitos entendimentos, como já dissemos, sugeriam a analogia entre o relacionamento estável homossexual e o heterossexual, quanto se faz necessária decisão quanto ao benefício previdenciário e inserção do companheiro em plano de saúde, assim, coaduna com o afirmado, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 238.715 – RS (2006, p. 263), que teve como relator o ministro Humberto Gomes de Barros, que fez o seguinte recorte do acórdão recorrido:

8. No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que alegar a ausência de previsão legislativa, pois antes mesmo de serem regulamentadas as relações concubinárias, já eram concedidos alguns direitos à companheira, nas relações heterossexuais. Trata-se da evolução do Direito, que, passo a passo, valorizou a afetividade humana abrandando os preconceitos e as formalidades sociais e legais.”

E por fim, expressou seu entendimento:

É grande a celeuma em torno da regulamentação da relação homoafetiva (neologismo cunhado com brilhantismo pela e. Desembargadora Maria Berenice Dias do TJRS). Nada em nosso ordenamento jurídico disciplina os direitos oriundos dessa relação tão corriqueira e notória nos dias de hoje. A realidade e até a ficção (novelas, filmes, etc) nos mostram, todos os dias, a evidência desse fato social. Há projetos de lei, que não andam, emperrados em arraigadas tradições culturais. A construção pretoriana, aos poucos, supre o vazio legal: após longas batalhas, os tribunais, aos poucos proclamam os efeitos práticos da relação homoafetiva.”

Apesar de tímido, já se percebia algum avanço no reconhecimento dos direitos advindos da relação homossexual.

[...] Há, contudo, uma situação de fato a reclamar tratamento jurídico. A teor do Art. 4º da LICC, em sendo omissa a lei, o juiz deve exercer a analogia. O relacionamento regular homoafetivo, embora não configurando união estável, é análogo a esse instituto. Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável.

[...] Finalmente, não tenho dúvidas que a relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro como dependente em plano de assistência médica. O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.”

De forma mais detida, havia sido acolhido, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o reconhecimento de União Estável Homoafetiva, assim:

DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA.” (Embargos Infringentes Nº 70011120573, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 10/06/2005).

Nesse sentido, foi o clamor pela interpretação analógica, estabelecida em nosso ordenamento jurídico para que, se desse contorno de União Estável às Uniões Homoeróticas, já que, subsume todos os requisitos legais configuradores da União Estável, ou seja, convivência pública, contínua, duradoura, com o objetivo de constituir família, clamor este atendido pelo Supremo Tribunal Federal.

4. AS ARGÜIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) DE Nº 132 e Nº 178.

A matéria envolvendo o reconhecimento das Uniões Homoafetivas para fins de lhe serem aplicadas o regime jurídico das uniões estáveis entre pessoas de diferente sexos, alcançou nossa corte superior por meio de iniciativa do Governo do Estado do Rio de Janeiro, quando propôs a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 132 e a ADPF 178.

A ADPF 132, teve por objetivo ver declarada constitucional a equiparação entre a união estável e as Uniões Homoafetivas no que cuida ao regime jurídico a ser aplicado , para incidência da legislação previdenciária estadual carioca, fundamentando o pedido nos princípios constitucionais da igualdade, liberdade, dignidade e segurança jurídica, além de pugnar pela aplicação analógica do Código Civil Brasileiro, em seu art. 1723.

De certo, ante a tamanha relevância do tema, a ação proposta contava com doze interessados reunidos em grupos representativos de homossexuais, de associações voltadas à defesa dos Direitos Humanos, o Instituto Brasileiro de Direito de Família e o Instituto Brasileiro de Direito Público, todos com o desejo único de participar do debate constitucional

Ainda, há de mencionar, que os tribunais de justiça de todos os estados brasileiros foram chamados a prestarem informações quanto ao entendimento que vem sendo adotado pelos tribunais quanto ao reconhecimento das Uniões Homoafetivas. E, nesse diapasão, pode-se perceber que não há unanimidade entre os tribunais, alguns sendo favoráveis e outros contrários ao reconhecimento da união homoerótica como equiparada à União Estável entre homem e mulher.

Diferente da dissonância existente entre os tribunais, tanto o Advogado Geral da União José Antônio Dias Toffoli quanto a Procuradoria Geral da República, por meio de manifestação de autoria de

Já a ADPF 178, foi protocolizada pela Procuradoria Geral da República e, teve por pedidos:

“a) declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos

os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e

b) declarar que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros das uniões entre pessoas do mesmo sexo.” (Fonte: www.stf.jus.br. Acesso em: 14 de março de 2010).

Note-se que a ADPF 132 e a ADPF 178, foram convertidas na ADI 4277.

Em relação a ADPF 132 o ministro Gilmar Mendes entendeu que a ação não esclareceu quais os atos dos poderes públicos estariam violando preceitos fundamentais, assim, afirmou o ministro:

“a inexistência de um objeto específico e bem delimitado a ser impugnado pela via da presente ADPF, o que torna, a primeira vista, a petição inicial inepta, conforme dispõe o artigo 1º e o artigo 4º da Lei 9882/99 (Lei das ADPFs)” .

A ADPF 132 foi conhecida como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime.

Apesar do entendimento da corte, já a ADPF 178, não foi extinta e, sim, convertida em ADI tendo por objeto o art. 1723, do Código Civil brasileiro, vez que na exordial havia pedido subsidiário para a conversão da ADPF em ADI, em caso de não satisfeitos os requisitos formais necessários para seu conhecimento.

Após a conversão seguiu-se ao julgamento da ADI 4277/DF, que foi julgada considerando, inicialmente a proibição da realização de discriminação de pessoas em razão do sexo, dado o gênero ou a orientação sexual, nesse sentido, assim restou consignado em ementa:

[...] 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.

Suprimindo lacuna legislativa o Supremo Tribunal Federal entendeu por reconhecer à União Homoafetiva o “status” de família, afirmando que a “a Constituição Federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica” (STF, 2011, p. 341)

Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa.

Assim, restou interpretado o art. 1.723, CCB, conforme a Constituição Federal, excluindo do dispositivo qualquer tratamento diferenciado entre “a união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. E a União Heterossexual, o que se abstrai da ementa do julgado: “Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva” (STF, 2011, p. 341)

5. A ADEQUAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE RECONHECIMENTO DO CASAMENTO CIVIL DE PARES HOMOAFETIVOS

Certamente, que o casamento é considerado como uma instituição sagrada, altamente valorizada socialmente - se ousa inclusive afirmar que confere às uniões afetivas “status” de maior relevância na pirâmide social – e, portanto, há o desejo de grupos sociais diversos em unirem-se por casamento.

Notadamente, para além dos interesses sociais e afetivos, há interesse do indivíduo em patrimonializar as uniões de afeto, buscando defender o patrimônio advindo desta união. E, resta claro, que o Direito das Famílias e Sucessório, resguarda de maneira algumas vezes

mais ampla as uniões formadas pelo casamento, quando comparadas aos direitos conferidos às uniões formadas apenas pela continuidade das relações afetivas e demais características.

Sabe-se que o casamento é instituto previsto no Código Civil, no seu art. art. 1.514, o qual estabelece que o casamento será realizado no momento em que o homem e a mulher manifestarem, perante o juiz, a vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declarar casados. Observando o dispositivo legal se abstrai que o requisito necessário ao casamento é a dualidade de sexos e, portanto, partindo desse pressuposto, seria negada, aos pares homoafetivos, a possibilidade de casarem.

Nesse passo é que doutrina e jurisprudência costumam justificar a impossibilidade de realização de casamento civil entre os pares homoafetivos, veja-se:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. CASAMENTO HOMOSSEXUAL. HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ENTIDADE FAMILIAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 1.514, 1.517, 1535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL QUE TIPIFICAM A REALIZAÇÃO DO CASAMENTO SOMENTE ENTRE HOMEM E MULHER. Ao contrário da legislação de alguns países, como é o caso, por exemplo, da Bélgica, Holanda e da Espanha, e atualmente o estado de Massachussets, nos USA, que prevêem o casamento homossexual, o direito brasileiro não prevê o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Na hipótese, a interpretação judicial ou a discricionariedade do Juiz, seja por que ângulo se queira ver, não tem o alcance de criar direito material, sob pena de invasão da esfera de competência do Poder Legislativo e violação do princípio republicano de separação (harmônica) dos poderes. Ainda que desejável o reconhecimento jurídico dos efeitos civis de uniões de pessoas do mesmo sexo, não passa, a hipótese, pelo casamento, instituto, aliás, que já da mais remota antiguidade tem raízes não somente na regulação do patrimônio, mas também na legitimidade da prole resultante da união sexual entre homem e a mulher. Da mesma forma, não há falar em lacuna legal ou mesmo de direito, sob a afirmação de que o que não é proibido é permitido, porquanto o casamento homossexual não encontra identificação no plano da existência, isto é, não constitui suporte fático da norma, não tendo a discricionariedade do Juiz a extensão preconizada de inserir elemento substancial na base fática da norma jurídica, ou, quando não mais, porque o enunciado acima não cria direito positivo. Tampouco sob inspiração da constitucionalização do direito civil mostra-se possível ao Juiz fundamentar questão de tão profundo corte, sem que estejam claramente definidos os limites do poder jurisdicional. Em se tratando de discussão que tem centro a existência de lacuna da lei ou de direito, indesviável a abordagem das fontes do direito e até onde o Juiz pode com elas trabalhar. Ainda no que tange ao patrimônio, o direito brasileiro oferta às pessoas do mesmo sexo, que vivam em comunhão de afeto e patrimônio, instrumentos jurídicos válidos e eficazes para regular, segundo seus interesses, os efeitos materiais dessa relação, seja pela via contratual ou, no campo sucessório, a via testamentária. A modernidade no direito não está em vê-lo somente sob o ângulo sociológico, mas também normativo, axiológico e histórico. APELAÇÃO DESPROVIDA. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70030975098, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 30/09/2009).

No entanto, em entendimento contrário, doutrina e jurisprudência defende que o requisito da dualidade de sexo, por si só, não teria o condão de impossibilitar fosse celebrado

o casamento entre pessoas de mesmo sexo, nesse sentido, Marianna Chaves (2011, p.12) explica:

A doutrina favorável ao reconhecimento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, no Brasil, fundamenta-se na lógica de que a expressão "o homem e a mulher" não possuiria o condão de impedir o casamento entre um par do mesmo sexo. Afirma-se que os impedimentos matrimoniais são as proibições expressamente elencadas pelo CC, no art. 1.521, ou em outros dispositivos esparsos que determinam a anulabilidade ou nulidade do casamento civil. Assevera-se que a referência a homem e mulher indica apenas a regulamentação.

Ademais, para além da previsão no Código Civil, não se pode descurar que o art. 226, §3º da CRFB, afirma que: “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.”, dessa maneira, certo é que se impõe ao legislador o dever de facilitar a conversão da União Estável em casamento.

Assim, como amplamente discutimos no presente artigo, tendo a decisão do Supremo Tribunal Federal, reconhecido a igualdade de direitos entre as uniões estáveis heterossexuais e as uniões estáveis homossexuais, certamente que, a previsão do art. 226, § 3º, passa a permitir que haja a convalidação da União Estável Homoafetiva em casamento. Dessa maneira, tendo dispositivo constitucional sido devidamente regulamentado pela Lei nº 9.278/1996, a qual estabelece em seu art. 8º, a possibilidade dos conviventes a qualquer tempo convolarem a União Estável em casamento, bastando para tal apenas simples requerimento ao oficial do registro civil.

Rolf Madaleno (2013), defendendo a permissão da convalidação da União Homoafetiva em casamento, assim aduz:

Entre nós, especificamente quanto ao tema da união homossexual, o Supremo Tribunal Federal conhece as ações direta de inconstitucionalidade e a de arguição de descumprimento de preceito fundamental e, por votação unânime, com eficácia geral e efeito vinculante as julga procedentes, para reconhecer como entidade familiar a união estável homoafetiva, que pode ser convertida em casamento e se pode ser convertida em matrimônio, também podem os casais do mesmo sexo, querendo, simplesmente casar.

Interessante é notar a visão de Alexandre Freitas Câmara, ao que se tem por costume denominar união estável. O autor diferencia casamento de matrimônio, fazendo paralelo entre “o ato solene destinado a inaugurar uma relação familiar, com a própria relação jurídica que se estabelece entre homem e mulher” (CÂMARA, 2012, p. 258), assim, o ilustre professor denomina casamento o ato solene de comparecimento à autoridade oficiante e de matrimônio

a relação jurídica. Dessa maneira, procura CÂMARA distinguir matrimônio advindo do casamento e sem casamento.

Oras, partindo do pressuposto de que pode haver matrimônio sem casamento, Alexandre Freitas Câmara afirma que a “relação estável entre homem e mulher, constitui-se matrimônio, advindo essa união de casamento ou não” (2012, p. 259). O mesmo raciocínio CÂMARA utiliza para as Uniões Homoafetivas, quando afirma:

É que, admitida a existência da entidade familiar homoafetiva, a partir das normas aplicáveis à “união estável”, e aceito o raciocínio até aqui desenvolvido, então se conclui que pode haver relação matrimonial heteroafetiva e relação matrimonial homoafetiva (sendo possível a qualquer das duas espécies de relação matrimonial inaugurar-se com o casamento ou sem casamento (CÂMARA, 2012, p. 261).

Por fim, defende o autor que a “união estável ou – como me parece mais adequado dizer – o matrimônio sem casamento, deve ser equiparada, para todos os efeitos, ao matrimônio com casamento” (2012, p 260), portanto, haveria a possibilidade de reconhecida a União Homoafetiva como entidade familiar, estaria configurada espécie de matrimônio e, assim o sendo, daria ensejo a que fossem aplicados a esses uniões todos os efeitos advindos do casamento.

Assim, sedimentando o entendimento doutrinário, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo ser possível a convalidação da União Homoafetiva em casamento, solidificando o entendimento e indo de encontro a decisões judiciais que estariam negando a convalidação em virtude de ausência de possibilidade jurídica do pedido, veja-se decisão do STJ:

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.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n.132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação

conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

6. 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 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.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à 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). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os

críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. 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. 11. Recurso especial provido. (STJ, 2012).

Certamente, que a decisão do Superior Tribunal de Justiça, buscou suplantar inércia do legislador e acalantar os anseios de parcela da sociedade marginalizada por nosso ordenamento.

Mais recentemente, derrubando de vez os entraves construídos em desfavor do casamento de pares homoafetivos, firmando-se na havendo a previsão legal quanto à conversão da União Estável em casamento e amparados na decisão da Ação Declaratória de Constitucionalidade, alguns estados regulamentaram a conversão da União Homoafetiva em casamento, pelos cartórios de registro civil, o que foi pioneiramente realizado no estado do Alagoas em janeiro de 2012 e, posteriormente, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, São Paulo.

Certamente, que o reconhecimento à União Homoafetiva dos mesmos direitos que amparam a União Estável Heterossexual donde provém a possibilidade de realização do casamento homoafetivo é novidade em nosso país, porém, não o é na comunidade internacional, pois cita-se a Noruega, Dinamarca, Suécia, Holanda, Argentina, como países que reconhecem a possibilidade de casamento entre pares de mesmo sexo, ademais, ao que tange à União Européia, cita-se que em seu tratado, no art.13, se impede seja proibido o casamento entre homossexuais e de eles se beneficiarem dos efeitos do matrimônio (LISBOA, 2012, 223-224).

Portanto, anda bem a doutrina e jurisprudência, quando confere em plenitude de direitos, igualdade às uniões de afeto, considerando os fundamentos constitucionais há que está fundamentado nosso Estado Democrático de Direito.

6. CONCLUSÃO

Nota-se que apesar de existir lacuna legislativa quanto ao reconhecimento das Uniões Homoafetivas como entidades familiares, se for observado o sistema jurídico brasileiro, termos parâmetros para concluir que há fundamento, inclusive constitucional, para que seja

consolidado o aspecto jurídico familiar das uniões homoeróticas, mormente depois que o Supremo Tribunal Federal em Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4277/DF, reconheceu à União Homoafetiva os caracteres de entidade familiar.

Ora, na esfera íntima do Direito da Privacidade, seguindo a “Teoria das Esferas”, é permitido ao indivíduo ver respeitados sentimentos identitários próprios e a escolha da opção de sexualidade’ não havendo óbice em nosso ordenamento a esta orientação afetiva humana, e assim, não pode haver discriminação dos pares que optam pela escolha homossexual.

O que ocorre é que apesar do ordenamento jurídico brasileiro, parecer admitir a união entre Pessoas de mesmo sexo, não bem regulamentou a questão, havendo, assim, aparente lacuna legislativa.

Mas pode ser defendida esta posição na doutrina e na jurisprudência, principalmente considerando os ditames dos princípios da Dignidade Humana, Igualdade, Liberdade e da não discriminação, tudo *com o objetivo de dirimir a lacuna legislativa*

A interpretação conforme a Constituição, pode ser utilizada com o fim de se alcançar os ideais de proteção ao ser humano e de respeito as desigualdades na escolha do par afetivo, só cabendo ao Estado, garantir de forma efetiva a não marginalização de tais uniões, principalmente melhor regulamentando a matéria.

O casamento é instituto previsto no Código Civil, no seu art. 1.514, que deixa transparecer que o casamento será realizado no momento em que o homem e a mulher manifestarem, perante o juiz, a vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declarar casados. Assim, fica parecendo que o dispositivo legal exige como requisito necessário ao casamento é a dualidade de sexos e é pro isso que parte da doutrina negada, aos pares homoafetivos, a possibilidade de casarem.

No entanto, existe forte entendimento contrário, onde doutrina e jurisprudência defendem que o requisito da dualidade de sexo, por si só, não teria o condão de ossibiliar fosse celebrado o casamento entre pessoas de mesmo sexo.

De qualquer forma, para além da previsão no Código Civil, não se pode descurar que o art. 226, §3º da CRFB, afirma que: “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.”, o que demonstra ser possível que o legislador o dever de facilitar a conversão da União Estável em casamento.

Assim, como foi demonstrado neste trabalho, a decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecido a igualdade de direitos entre as uniões estáveis heterossexuais e as uniões estáveis homossexuais, nos parece que a previsão do art. 226, § 3º, pode ser entendida como permissível de que haja a convalidação da União Estável Homoafetiva em casamento. De outra parte, tendo o dispositivo constitucional sido devidamente regulamentado pela Lei nº 9.278/1996, a qual estabelece em seu art. 8º, a possibilidade dos conviventes a qualquer tempo convolarem a União Estável em casamento, bastaria para tal apenas um simples requerimento ao oficial do registro civil.

O que parece que vai prevalecer é que união estável ou o matrimônio sem casamento, deverá ser equiparada, para todos os efeitos, ao casamento, sendo aplicáveis a essas uniões todos os efeitos advindos do casamento.

Tanto assim, que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo ser possível a convalidação da União Homoafetiva em casamento, solidificando tal entendimento e se conflitando com outras decisões judiciais que estariam negando a convalidação em virtude de ausência de possibilidade jurídica do pedido.

Ante os fundamentos jurídicos apresentados, necessária a resolução do conflito, com estabilizando a interpretação da Lei Federal principalmente levando em conta a Constituição Federal, se resolvendo sob a possibilidade ou não de estender os efeitos da decisão de reconhecimento de União Estável Homoafetiva de molde a permitir a celebração de casamentos.

Para suprir a lacuna legislativa, a princípio será necessário que nossos julgadores possam resguardar os princípios fundamentais previstos em nosso ordenamento pátrio, dando aos pares homoafetivos tratamento jurídico capaz de suprir o vazio legislativo existente, até que o legislativo venha suprir tal lacuna.

7. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. **Revista de Direito de Família, Adoção por casais Homossexuais**. v. 7, nº 30, jun/jul. Porto Alegre: Síntese, 2005.

_____, apud FERNANDES, Taísa Ribeiro. **União homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 395904/RS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, sexta turma, julgado em 13/12/2005, DJ 06/02/2006, p. 365).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 238715/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/03/2006, DJ 02/10/2006, p. 263).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 932.653/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (desembargador convocado do TJ/SP), sexta turma, julgado em 16/08/2011, DJe 03/11/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **“União Estável” hetero ou homoafetiva: relação matrimonial sem casamento**. Revista trimestral de direito civil. V.50 (abril/junho 2012) – Rio de Janeiro: Padma, 2000.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**, 20a. ed., São Paulo : Malheiros, 2004.

CHAVES, Mariana. **Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF**. Revista Síntese de Direito de Família. Continuação de Revista IOB de Direito de Família. V.13, n.66, jun/jul.2011. São Paulo: Síntese, 2011.

CHUERI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM editora, 1995.

DIAS, Berenice Maria. **Homoafetividade – o que diz a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FUGIE, Érica Harumi. **Inconstitucionalidade do art. 226, § 3º, da Constituição Federal**. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 15. SP, Síntese, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito de Civil**, v.5: direito de família e sucessões. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além Do Numerus Clausus**. Disponível em: <http://mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto086.doc>. Acesso em: 17 de março de 2013.

MADALENO Rolf . **O matrimônio invertido**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/871>. Acesso em 16/03/2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Método, 2008.

PIMENTA, Paulo Lyrio. **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo: editora Max Limonad, 1999.