

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ

CURSO DIREITO

DANIELLE SOUTO WANDERLEY

CASAMENTO HOMOAFETIVO:

Possibilidade Jurídica no Brasil

RECIFE

2012

DANIELLE SOUTO WANDERLEY

CASAMENTO HOMOAFETIVO

Possibilidade jurídica no Brasil

Monografia apresentada á Faculdade Damas da Instituição Cristã,
como requisito parcial á obtenção de título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil

Orientador: Profa, Msc. Renata Andrade

RECIFE

2012

Wanderley, D. S.

Casamento homoafetivo : possibilidade jurídica no Brasil. / Danielle Souto Wanderley: O Autor, 2012.

66 folhas.

**Orientador(a): Renata Andrade
Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2012.**

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Homoafetividade 3. Casamento 4. Ordenamento jurídico

340 CDU (2ªed.)

340 CDD (22ª ed.)

Faculdade Damas

TCC 2012-108

Danielle Souto Wanderley

CASAMENTO HOMOAFETIVO: Possibilidade jurídica no Brasil

DEFESA PÚBLICA em

Recife, ____ de _____ de ____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientador : Profa Msc Renata Andrade

1º Examinador: Prof.Dr.Fulano de tal

2º Examinador: Prof.Dr.Fulano de tal

RECIFE

2012

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, porque ele que foi o grande orientador desta obra e da minha vida.

A minha mãe que mesmo de longe sempre acreditou no meu potencial e é o motivo maior de todo meu sacrifício.

Ao meu marido por toda paciência, compreensão, noites mal dormidas e ausência. Por ser meu grande companheiro e amigo e não me abandonar nos momentos mais cruciais.

A minha orientadora Renata Andrade que me fez levar adiante um tema polêmico e que com sua metodologia tranquila me fez acreditar que o pouco tempo disponível seria possível.

A minha amiga e professora Nair Leoni por sempre está disponível para minha orientação metodológica e por me dá oportunidade de ter ao longo desses anos sua parceria.

A todos os professores da instituição que transmitiram seus conhecimentos com competência

Aos professores Leonardo Siqueira, Simone de Sá, Luiz Edmundo Borba que hoje tenho prazer de chamá-los de amigos.

Aos meus amigos Bruninho e Roberto Guerra pela colaboração nas revisões monográficas. Vocês foram fundamentais neste processo.

Aos meus amigos inesquecíveis de faculdade pelo apoio, companheirismo, disponibilidade, compreensão nesses cinco anos, em especial a Ir Marcela por toda parceria acadêmica e um companheirismo que quero levar para sempre, a Ir Alcilene que sempre me acolheu com seu ombro amigo nas dificuldades pessoais, a meu amigo Wolney Mororó que foi um presente de Deus, pois será para sempre meu irmão mais novo e a quem agradeço ter compartilhado grandes momentos e ter me presenteado com sua família, a equipe da biblioteca, secretaria, recepção e financeiro, em especial a TECA, que ao longo desses anos sempre foram tão gentis e amigas comigo.

Aos meus amigos extra faculdade que toleraram minhas ausências, meus estresses, ao longo da academia. Em especial a minha amiga Juliana Maia e família, por está ao meu lado nos momentos de dificuldades, me permitindo acreditar neste sonho.

Enfim, a todos que contribuíram diretamente e indiretamente para que meu sonho se tornasse realidade.

Quero, um dia, poder dizer às pessoas que nada foi em vão; Que o amor existe, que vale a pena se doar às amizades a as pessoas, que a vida é bela sim, e que eu sempre dei o melhor de mim...

E que valeu a pena!!!

Mário Quintana

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a constitucionalidade da conversão da união estável em casamento civil no ordenamento jurídico brasileiro. Baseia-se na análise de princípios constitucionais e decisões jurídicas. Será analisada a evolução histórica do conceito de família, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da proporcionalidade e a interpretação conforme a constituição. Será analisado o casamento civil, a possibilidade jurídica do pedido de casamento homoafetivo, a decisão do Ministério Público com o reconhecimento do casamento homoafetivo e sentença já aplicada aos casais homossexuais.

Palavra-chave: homoafetividade; casamento; ordenamento jurídico.

ABSTRACT

This paper discusses the constitutionality of the conversion of stable into a marriage in the Brazilian legal system. It is based on the analysis of constitutional principles and legal decisions. Will analyze the historical evolution of the concept of family, the constitutional principles of human dignity, of equality, proportionality and consistent interpretation of the constitution. Consideration will be given a civil marriage, the legal possibility of the marriage proposal Homoffective, the decision of the prosecutor with the recognition of marriage and sentence Homoffective already applied to homosexual couples.

Keyword: homoafetivas, marriage, legal.

LISTA DE SIGLAS

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental

CC – Código Civil Brasileiro

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil Brasileiro

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

MP – Ministério Público

STF- Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	Erro! Indicador não definido.
1 A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO	13
1.1 Pluralismo das entidades familiares	15
1.2 Delimitação jurídico-constitucional das entidades familiares	16
1.3 Normas constitucionais de inserção	18
1.4 Melhor interesse da pessoa humana	20
1.5 Argumentos de interpretação constitucional aplicável	21
1.6 Inserção judicial de entidades familiares implícitas	22
2. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA	25
2.1 Preceitos fundamentais da união estável	26
2.2 Requisitos e impedimentos da união estável	30
2.5 Reconhecimento da união estável homoafetiva.....	32
2.6 Aspectos extraordinários	36
3. CASAMENTO HOMOAFETIVO	39
3.1 Casamento civil brasileiro	39
3.2 Possibilidade jurídica do pedido de casamento homoafetivo	46
3.3 Ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal pleiteando o reconhecimento do casamento civil homoafetivo	52
3.4 Sentença Pernambucana afirmando ser o casamento aplicável aos casais Homoafetivos	54
CONCLUSÃO	Erro! Indicador não definido.
REFERÊNCIAS	Erro! Indicador não definido.

INTRODUÇÃO

Ao longo da história, a família passou por diversas transformações conceituais. Na idade média, a família era definida pelo casamento, um acordo feito entre os familiares, levando em conta o dote. Os noivos não opinavam sobre a escolha.

Passado o tempo, a família começou a ser estruturada com pai, mãe e filhos, sendo o casamento uma escolha individual e afetiva. A partir daí, o conceito de família começou a ser idealizado pela sociedade como um laço de amor.

Com a evolução, a globalização, a família começou a ter novas condutas, valores e estruturas, não mais existindo um modelo único de família.

Ser família passou a serem os laços afetivos, onde os principais componentes são o amor, o respeito, a transparência, além do cuidado de uns com os outros, procurando na verdade a felicidade em comum. Como diz Lôbo (2009, p.60) “é o lugar dos afetos, da formação social, onde se possa nascer, ser, amadurecer e desenvolver os valores pessoais”.

A partir das novas concepções de família, foram surgindo novos componentes familiares, que não os tradicionais como: pai, mãe e filhos. As famílias passaram a ser aquelas sem casamento civil ou religioso, ou seja, emergiu a família pautada por uniões livres, onde muitas vezes as mães chefiam a família. Começaram a surgir produções independentes, casais homossexuais ou pessoas convivendo no mesmo espaço sem nenhum vínculo consanguíneo, mas com fortes ligações afetivas.

Com o surgimento dessas novas estruturas familiares, começaram a aparecer os conflitos, gerando assim, a necessidade de normatização dessas novas formas de família.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226 § 3º, avançou no tema, quando reconheceu, para efeito de proteção do Estado, a união estável como entidade familiar, e nesse efeito, instituiu, inclusive, norma programática no sentido de a lei facilitar sua conversão em casamento. De acordo com Lôbo (2008, p.148), “a união estável é a entidade familiar constituída por homem e mulher que convivem em posse do estado casado, ou com aparência de casamento. É um estado de fato que se converteu em relação jurídica”.

Podemos perceber que a Constituição foi clara quando determinou a dualidade de sexos como requisito para esta nova formatação, além do conteúdo mínimo da relação constituído pela publicidade, continuidade e durabilidade.

Porém, com as novas tendências, e as necessidades de garantias, começaram as proposituras ações solicitando que a união estável homoafetiva também fosse reconhecida

juridicamente e que os casais homoafetivos pudessem ser considerados como entidade familiar, devido a realidade fática no Brasil e no mundo.

Então, por unanimidade, em 05 de maio de 2011, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo, estabelecendo que os casais homoafetivos tivessem os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Reconhecida esta nova entidade familiar, criou-se a polêmica pela qual titula este estudo que seria a conversão da união estável homoafetiva em casamento, se existe a possibilidade jurídica do casamento homoafetivo, já que a união estável de casais de sexos diferentes pode ser convertida em casamento de acordo com o Código Civil brasileiro de 2002.

O método desta pesquisa foi a dedução, a partir de conceitos gerais para situações específicas, mostrando o atual ordenamento jurídico brasileiro em relação ao reconhecimento da união estável e do casamento civil. Foi observada a evolução histórica do conceito de família, examinados princípios e artigos da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil Brasileiro de 2002, além de decisões e ações voltadas a temática da pesquisa, buscando uma análise sistemática sobre a possibilidade jurídica da conversão da união estável em casamento homoafetivo.

1 A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

O conceito de família apresenta um paradoxo para sua compreensão, uma vez que não existe definição do seu conceito no Código Civil de 2002 e várias legislações definem, por sua vez, apenas o âmbito do parentesco. O direito de família estuda, em síntese, as relações das pessoas unidas pelo matrimônio, bem como daqueles que convivem em uniões sem casamento; dos filhos e das relações destes com os pais, da sua proteção por meio da tutela e da proteção dos incapazes por meio da curatela. Nesse sentido, compreende-se que

“é a família uma forma de aliança composta para representar harmonia e paradoxos. Uma agremiação destinatária de projetos e de discursos, especialmente da alocação normativa, junção que encarna o elo entre o direito, a família e a sociedade” (FACHIN, 2004, p. 02).

Entre os diversos organismos jurídicos e sociais, o conceito, o entendimento e os limites da família foram os que mais tiveram alteração ao longo dos tempos. Neste despertar de mais um século, a sociedade urbana, embora não especificamente urbana, porém cada vez mais globalizada devido aos meios de comunicação, supõe antecipadamente e define um modo conceitual de família bastante diferente das civilizações do passado.

Como uma entidade orgânica, a família deve ser analisada, de modo primordial, sob o ponto de vista sociológico, antes de o ser como fenômeno jurídico. Nesse âmbito, a monogamia desempenhou um papel importante como impulso social em benefício da prole, oportunizando o exercício do poder paterno. A família monogâmica transforma-se, portanto, em um fator econômico de produção, pois esta se restringe quase exclusivamente aos interiores dos lares, nos quais existem pequenas oficinas.

Durante muito tempo na história, nas classes nobres, o casamento esteve longe de qualquer conotação afetiva. O casamento sagrado era um princípio de fé da religião doméstica. No passado, diversas civilizações incentivavam o casamento da viúva, sem filhos, com o parente mais próximo de seu marido e o filho dessa união era considerado filho do falecido. O nascimento de filha não preenchia a necessidade, pois ela não poderia ser continuadora do culto de seu pai quando contraísse núpcias.

Nesse sentido, existe a origem histórica dos direitos mais amplos, inclusive em legislações mais modernas, atribuídos ao filho e em especial ao primogênito, a quem incumbiria manter unido o patrimônio em prol da unidade religioso-familiar.

O casamento era assim obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objeto principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associarem-se para a felicidade e para as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para continuador desse culto (COULANGES, 1958, v.1, p. 69 *apud* VENOSA, 2005, p. 69).

Com o desaparecimento da família pagã, a família cristã guardou esse caráter de unidade de culto, que na verdade nunca desapareceu por completo, apesar de o casamento ser tratado na história mais recente apenas sob o aspecto jurídico e não mais ligado à religião oficial do Estado. A família sempre foi considerada como a célula básica da Igreja.

A família era meramente um núcleo de produção, onde se estimulava a procriação como opção de garantia do sustento na velhice, especialmente, o sustento do modelo consumista do sistema capitalista. Esse foi o modelo que prevaleceu desde o século XX.

No século XX, a família jurídica no Código Civil de 1916, não tinha preocupação com o amor ou com as pessoas nela existentes. Tinha o intuito meramente patrimonialista de garantir que o modelo econômico do país se mantivesse intacto. O marido era o chefe da sociedade conjugal, cabendo exclusivamente a ele a direção desta e a mulher tinha simplesmente a tarefa de administrar o lar e ser responsável pela educação dos filhos, sempre de acordo com os planos e intenções do seu marido. Esse modelo institucional, hierarquizado de família, tinha o intuito de suprir aos interesses estatais e deixando em segundo plano os interesses particulares da família ao impor o interesse público sobre o privado do casal.

Essa ideia simples de conceito familiar deriva da influência das religiões, que fez surgir o entendimento que a família só seria formada se existe uma união amorosa entre um homem e uma mulher oficializada em matrimônio. A verdade desse fato está no Código Civil de 1916 que dizia que o casamento civil, com vínculo indissolúvel foi considerado como única maneira de se formar uma família considerada legítima, sendo deixada de lado qualquer união amorosa que não fosse pelo casamento civil. Não se admitia para efeitos jurídicos, nenhum outro tipo de relacionamento amoroso.

Entretanto, com a evolução da sociedade demonstrou-se que não é tão simples conceituar-se família. As chamadas “uniões de fato” passaram a ser cada vez mais frequentes no transcorrer do século XX, deixando claro que esse tipo de relação também mantinha as

peças unidas como família pela simples existência de amor na relação, o que tornou impossível não regulamentar juridicamente essa questão. A família da atualidade busca sua identificação na solidariedade (art 3º, I, da CF/1988), como base da afetividade, após o individualismo ostentoso do liberalismo.

1.1 Pluralismo das entidades familiares

Em diversas áreas de conhecimento que estudam a família ou relações familiares, considera-se uma expansão do que se entende por entidade ou unidade familiar.

Seja na perspectiva psicológica, psicanalítica, sociológica, antropológica dentre outros campos do conhecimento, a família não está resumida àquela constituída pelo casamento, mesmo antes da Constituição Federal de 1988.

Já no campo da demografia, as unidades de vivência dos brasileiros são objeto de pesquisas anuais pelo IBGE (LÔBO, 2008), titulada como “Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio” e mostra um perfil de relações familiares bem diferentes e distantes dos estabelecidos em lei. De acordo com Lôbo (2008), são unidades de convivência que encontramos na sociedade brasileira atual, entre outros:

- a) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos;
- b) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos e não biológicos ou somente com filhos não biológicos;
- c) homem e mulher, sem casamento, com filho biológico (união estável);
- d) homem e mulher, sem casamento, com filho biológico e não biológico ou apenas não biológico (união estável);
- e) pai ou mãe e filhos biológicos (monoparental)
- f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (monoparental)
- g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso dos grupos de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais, ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos;
- h) pessoas sem laço de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
- i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;

- j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou ambos companheiros, com ou sem filhos;
- k) comunidades afetivas formadas por filhos de criação, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular, incluindo, nas famílias recompostas, as relações constituídas entre padrastos e madrastas e respectivos enteados, quando se realizem os requisitos da posse do estado de filiação.

O Código Civil de 2002 trata expressamente do casamento (arts 1511 e s.) e a união estável (arts 1723 a 1726) como entidades familiares, apenas, e do concubinato (art 1727) para excluí-lo da qualificação de união estável, sem qualquer atribuição do modelo como entidade familiar.

Para as formas relacionadas acima, encontramos as características comuns, sem as quais não podemos configurar entidade familiar: A) afetividade como alicerce e finalidade da entidade, com desconsideração econômica e propósito de constituição da família; B) estabilidade, eliminando os relacionamentos casuais, episódios ou falta de compromisso, sem comunhão de vida; C) convivência pública e ostensiva, tem que se apresentar como unidade familiar publicamente (LÔBO, 2008, p.58)

O objetivo da entidade familiar é a constituição da família, para diferenciá-la dos outros relacionamentos afetivos como a amizade, camaradagem, colegas de trabalho, relações religiosas. É adotado objetivamente e não a partir da vontade das pessoas que fazem parte da relação.

O Direito também considera a alguns grupos sociais a qualidade de entidades familiares para determinados fins legais, como exemplos: Lei 8425/91 sobre locação de imóveis urbanos, relativamente á proteção da família, Lei 8009/90, sobre a impenhorabilidade do bem de família, arts 183 e 191 da Constituição Federal, sobre o sucapião especial em benefício do grupo familiar que possua o imóvel urbano e rural como moradia, Lei 11340/06 Lei Maria da Penha, que coíbe a violência doméstica contra mulher, cujo art 5º compreende o campo familiar.

1.2 Delimitação jurídico-constitucional das entidades familiares

De acordo com Lôbo, entre os civilistas, a interpretação dominante do art 226 da Constituição é em relação à tutelar exclusivamente três tipos de entidades familiares, expressamente previsto, configurando *numerus clausus* (LÔBO, 2008, p58). Os que entendem

que a Constituição não admite outras formas de entidades familiares, além dessas expressas, discutem acerca da hierarquização entre elas, resultando em duas correntes antagônicas:

- I – há primazia no casamento, concedido como o modelo de família, o que afasta a igualdade entre os tipos, devendo os demais (união estável e entidade monoparental) receber tutela jurídica limitada;
- II- há igualdade entre os três tipos, não havendo primazia do casamento, pois a Constituição assegura a liberdade de escolhas existenciais e afetivas que previu, com idêntica dignidade (LÔBO, 2008, p.58).

O que é mais relevante na argumentação da primeira tese, da desigualdade, está prevista no enunciado final do § 3º do art 226, relacionado à união estável: “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. A tradução literal e estrita observa regra de primazia do casamento, pois seria inútil, se de igualdade se cuidasse. Entretanto, as expressões localizadas em específica norma constitucional para retirar o significado, não é a operação hermenêutica mais apropriada. Estabelece-se a harmonização da regra com o conjunto de princípios e regras em que ela se introduz.

Com resultado, a norma do § 3º do art 226 da Constituição não contém determinação de qualquer espécie. Não estabelece exigência para que se considere existente união estável ou que dependa sua validade ou eficácia à conversão em casamento. Representa mais comando ao legislador infraconstitucional para que retire os empecilhos e dificuldades para os companheiros que tem o desejo de casar-se, se assim quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração, como de resto estabeleceu o art 1726 do Código Civil. Todavia, para os que quiserem permanecer em união estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio da igualdade que foi estabelecido a todos as entidades familiares. Não pode o legislador infraconstitucional estipular empecilhos ou requisitos onerosos para ser constituída ou mantida a união estável, pois facilitar uma situação não quer dizer que irá prejudicar a outra.

A segunda tese, da igualdade dos tipos de entidades, reflete melhor o conjunto de disposições constitucionais. Além do princípio da igualdade das entidades, como decorrência originária do pluralismo reconhecido pela Constituição, há de se ter presente o princípio da liberdade de escolha, como realização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Confere-se à dignidade da pessoa humana a liberdade de selecionar e constituir a entidade familiar que melhor corresponde à sua realização pessoal, não podendo deixar a cargo do legislador essa definição de qual será a melhor entidade familiar a ser seguida.

“Massimo Bianca, tendo em conta o sistema jurídico italiano ressalta o princípio da liberdade, pois a ‘necessidade da família como interesse essencial da pessoa se especifica na liberdade e na solidariedade do núcleo familiar’. 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’” (BIANCA, 2002, p.15 apud LÔBO, 2008, p.59).

A segunda tese não obstante em relação à primeira tese não é suficiente. A problemática que se estabelece diz respeito à inclusão ou exclusão dos outros tipos de entidades familiares. O exame da dimensão e do alcance das normas e princípios contidos no art 226 da Constituição, em relação aos critérios de interpretação constitucional, leva ao argumento da superação do *numerus clausus* das entidades familiares. A exclusão não está na Constituição, mas na interpretação que lhe é dada.

Cada entidade familiar está submetida a estatuto jurídico próprio, em probidade dos requisitos de constituição e efeitos específicos, não estando uma condicionada ou equiparada aos requisitos da outra. A entidade familiar é regida pelas regras e princípios gerais do direito de família aplicáveis e pela consideração de suas especificidades, quando a legislação infraconstitucional não protege uma determinada entidade familiar. Não podem existir regras únicas, segundo modelos únicos ou preferenciais.

“O que unifica é a função de espaço de afetividade e da tutela da realização da personalidade das pessoas que as integram; em outras palavras, o lugar dos afetos, da formação social onde se pode nascer, ser, amadurecer e desenvolver os valores das pessoas (LÔBO, 2008, p.60).

1.3 Normas constitucionais de inserção

A Constituição Federal estabelece três preceitos que não estão explícitos, mas que com sua interpretação chega-se à inclusão de outras entidades familiares além das explícitas na lei:

- a) “art 266. A família base da sociedade tem especial proteção do Estado” (caput);
- b) “§ 4. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais ou descendentes;
- c) “§ 8. O Estado assegurará a assistência á família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações” (BRASIL, 1988).

A maior mudança ocorreu no caput do artigo 266, no que diz respeito ao âmbito da vigência da tutela constitucional da família. Não existe qualquer referência a determinado tipo de família como aconteceu nas constituições brasileiras passadas. Ao suprimir a locução, sem ocorrer à substituição por qualquer outra, colocou sob a tutela constitucional a família, ou seja, qualquer família formada socialmente. Desapareceu a cláusula de exclusão. Ocorreu que, em seus parágrafos, indicou determinados tipos, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que restituem a cláusula da exclusão, como se ali estivesse a locução à família formada pelo casamento, união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos. Interpretar uma forma ampla não pode cortar de seus efeitos situações e formas comuns, limitando direitos subjetivos.

A família não é objeto da norma, como valor autônomo, em prejuízo das pessoas humanas que as compõem. Antigamente o objetivo era inibir as famílias “ilícitas”, as que não eram consideradas dentro do padrão único do matrimônio, do qual o direito de família se originou.

“A regulamentação legal da família voltava-se, anteriormente, para máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial” (TEPENDINO, 1997, p 56 apud LÓBO, 2008, p. 61).

Então, o caput do art 266 da Constituição Federal é conseqüentemente cláusula de inclusão, não podendo eliminar qualquer entidade que se encaixe nos requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade. O que estabelece as regras do § 4 do art 266 da Constituição Federal, compõe-se a cláusula de inclusão, sendo este o sentido do termo “também” que nele está inserido.

Quando utilizamos o termo “também” estamos criando a ideia de igualdade, que podemos agir da mesma forma, então nesta situação analisada significaria a inclusão -desse tipo de entidade. Se dois sentidos forem possíveis, a inclusão ou exclusão, o que deve ser observado com maior importância é o que melhor atenda a realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsiderar as entidades familiares que não se encontram estabelecidas no texto da lei.

“Os tipos de entidades familiares explícitas nos parágrafos do art 266 da Constituição, são meramente exemplificativos, sem embargos de serem s mais comuns, por isso mesmo merecendo referencia expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito da abrangência do conceito

amplo e indeterminado de família, indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende da concretização dos tipos, na experiência de vida, conduzindo a tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade” (LÔBO, 2008, p.61).

1.4 Melhor interesse da pessoa humana

Os diversos preceitos do art 227 da Constituição Federal fazem referência à família de uma forma geral, firmando que mais importante é o interesse das pessoas que as integram, no sentido que é utilizado no § 8 do art 266 da Constituição Federal. Para solidificar os objetivos de cada pessoa humana, em especial os mais frágeis, como criança e idoso, é determinado à família o dever de assegurar-los, conforme estabelecido nos arts 277, caput e 230 da CF/88.

A Constituição Federal de 1988 trocou de foco, ao invés da proteção familiar, como base do próprio Estado e da organização política, social, religiosa e econômica, ela passou a defender as pessoas humanas que integram as famílias, razão pela qual essas unidades comparecem como sujeitos de deveres mais que de direitos.

A proteção é voltada para o interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana.

Analisando desta forma, sob o ponto de vista do interesse da pessoa humana, não seria possível proteger o interesse de algumas entidades familiares e não proteger os de outras, pois este tipo de exclusão iria afetar nas pessoas que as integram, por opção ou por acontecimentos da vida, deixando comprometida a realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Podemos observar que, se independente da origem, todos os filhos são iguais e tem garantia de convivência familiar e solidária, a Constituição Federal afastou qualquer interesse ou valor que não seja a comunhão de amor ou da vontade afetiva como fundamento da relação de pai e filho. Se não existe nenhuma diferença entre pais e filhos biológicos e não biológicos é porque a constituição estabelece como filhos da afetividade, do amor construído ao longo da relação, independente de onde cada um tenha vindo para compor a entidade familiar.

Se a Constituição passou a normatizar outras formas de entidades familiares, então ela passou a excluir valores que justificavam a norma de exclusão, passando a

privilegiar o requisito comum a todas as entidades familiares, a afetividade, que é o fator necessário e básico para realização pessoal dos que integram as famílias.

O surgimento do divórcio direto, ou de dissolução da união estável, mostrou que apenas a afetividade, e não a lei é o fator determinante para manter unida a entidade familiar.

1.5 Argumentos de interpretação constitucional aplicável

Além dos argumentos já mencionados, que mostram a cláusula de inclusão das entidades familiares implícitas, mediante explicação sistemática e teleológica dos preceitos constitucionais, outros argumentos podem intensificar o entendimento de acordo com doutrina especializada.

“Aponta-nos três critérios hermenêuticos compatíveis à hipótese em exame, da interpretação ampla: a) cada disposição estende-se a todos os casos que, por paridade de motivos, se devem considerar enquadrados no conceito; b) quando a norma estatui sobre o assunto como princípio ou origem, suas disposições aplicam-se a tudo o que do mesmo assunto deriva lógica e necessariamente; c) interpretam-se amplamente as normas feitas para “abolir ou remediar males, dificuldades, injustiças, ônus, gravames” (MAXIMILIANO, 1980, p.24 *apud* LÔBO, 2008, p. 63).

Na aplicabilidade desses critérios nas normas constitucionais citadas sobre as entidades familiares teremos conforme o primeiro critério, paridade de motivos, pois as entidades implícitas e explícitas estão fazendo parte do conceito amplo de família do artigo 266 da Constituição Federal. No segundo critério, a relação à família tem interpretação de origem, obrigando-se a aplicação aos outros tipos que dela se originaram lógica e necessariamente. No terceiro critério, foram excluídas discriminações das normas de exclusão incluídas nas Constituições brasileiras anteriores de acordo com a falta de restrições do conceito de família do artigo 266 da CF/88.

“Referindo-se ao princípio da máxima efetividade ou princípio da interpretação efetiva, a uma norma constitucional deve ser atribuída o sentido da maior eficácia que lhe dê. Qualquer dúvida deve preferir-se a interpretação que venha a reconhecer a maior eficácia à norma constitucional” (CANOTILHO, 1989, p.162 *apud* LÔBO, 2008, p. 63).

Aplicando ao tema, se dois forem os sentidos que possam ser extraídos dos preceitos do artigo 266 da Constituição Federal, terá preferência o que terá a maior

abrangência em todas as entidades familiares, pois irá existir a maior eficácia aos princípios de maior proteção do Estado, art 266 CF, caput e da realização da dignidade pessoal de cada um que integram as entidades, art 266,§ 8º CF.

De acordo com Hesse (1992, p.40 *apud* LÔBO, 2008, p. 250) a “interpretação é concretização. O que não aparece de forma clara como matéria da Constituição, é o que deve ser determinado mediante a incorporação da ‘realidade’ de cuja ordenação se trata”. Quem interpreta terá que incluir na esfera normativa elementos que possibilitem a resolução dos conflitos.

Se tiver previsão expressa de discriminação na Constituição Federal ela será admitida, se não tiver, quem a interpretar ou o legislador não poderá admiti-la.

1.6 Inserção judicial de entidades familiares implícitas

O Superior Tribunal Federal tem afirmado constantemente o conceito ampliado e inclusivo de entidade familiar, no que diz respeito à aplicabilidade de determinadas leis que protegem interesses pessoais decorrentes de relações familiares, na apreciação dos casos concretos.

No que compreende como entidade familiar prevista na Lei 8009/90, que fala sobre a impenhorabilidade do bem de família, o Tribunal atendendo aos fins sociais da lei, chegou a incluir o celibatário, até mesmo pessoas solteiras, entre as entidades familiares. O tribunal nessas decisões tem dado preferência à proteção das pessoas, das quais moradia é imprescindível, para realização da dignidade humana sobre qualquer restrição de entidade familiar.

O Supremo Tribunal de Justiça analisou outra forma de entidade familiar. O art 266 da Constituição Federal versa sobre a comunidade constituída por parentes, em especial irmão, conforme o julgado (REsp 159.851-SP,1998): “ os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza da proteção de impenhorabilidade, previsto na Lei 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução da dívida assumida por um deles.

A decisão protege a entidade familiar que está inserida no conceito de família do art 266, pois nela estão inseridos os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

O Supremo Tribunal de Justiça também encarou a situação da família que se originava do concubinato relacionado aos casos do seguro de vida disponibilizado em favor

da concubina por homem casado. A situação está mostrada em alguns momentos da emenda (REsp 100.100.888-BA,2001), os quais se referem ao código civil anterior: “Inobstante a regra protetora da família, consubstanciada nos arts 1474,1177 e 248, IV, da lei substantiva civil, impedindo a concubina de ser instituída como beneficiária de seguro de vida, porque casado o de cujus, a particular situação dos autos, que demonstra espécie de “bigamia”, em que o extinto mantinha-se ligado a família legítima e concubinária, tendo prole concomitante com ambas, demanda solução isonômica, atendendo-se a melhor aplicação do direito”.

Outros tipos de família também podem ser citados e analisados: família monoparental e famílias recompostas.

A família monoparental não é regulada por estatuto jurídico próprio, com deveres e direitos específicos, diferente do casamento e da união estável. São aplicadas as regras do direito de família relativas às relações de parentesco, principalmente de filiação e do exercício do poder familiar, que neste ponto são comuns às demais entidades familiares. Recai sem diferença ou discriminação as mesmas normas de direito de família nas relações recíprocas entre pais e filhos aplicáveis ao casamento e a união estável, levando em consideração o fato de integrá-la apenas um dos pais.

Essa forma de família recebeu a proteção da Constituição Federal de 1988. Esta, reconheceu em seu art 266, § 4º a família monoparental como entidade familiar: “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. É a entidade familiar formada por um dos pais e seus filhos menores, pois a partir do momento que eles atingem a maioridade ou são emancipados, deixa de existir o poder familiar, reduzindo-se a entidade monoparental apenas a relação de parentesco. Pode se formar por vontade ou circunstâncias da vida: viuvez, divórcio, padrão da mãe solteira, adoção do filho por uma única pessoa etc. Independente da causa, os efeitos jurídicos são os mesmos.

Através dessa nova espécie, foi quebrado o conceito de que família teria que ser constituída somente através do casamento e com a existência de pai, mãe e filho. Segundo Leite (2003, p. 17), “a sociedade brasileira sofreu a influência deste novo modelo de passagem em massa, da família legal à família de fato”. Devido a essas mudanças, é que foi de grande importância o dispositivo constitucional, pois existia um grande número dessas entidades na realidade brasileira. Era preciso que este tipo de entidade familiar tivesse suas garantias protegidas pelo Estado.

É importante frisar que mesmo reconhecendo a família monoparental como entidade familiar, a Constituição Federal não a equiparou ao mesmo nível da família originada do casamento civil. O que ocorreu foi uma disposição ampla.

Mesmo não equiparando, mas com dispositivo constitucional, passam a ser responsáveis por esta situação além dos genitores, a sociedade e o Estado. No art 227 da CF/88 estão elencados o dever constitucional de Estado e da sociedade perante esta entidade. Art 227 CF/88: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

O fato de ser reconhecida como entidade familiar foi uma evolução significativa para a família monoparental, mas ainda existe a necessidade de se regulamentar uma legislação ordinária para que seja possível delimitar os direitos e deveres dessa entidade.

Um tipo de relacionamento que merece atenção é o da família recomposta. O grande índice de divórcios no Brasil, que foi permitido pela Lei 6615/77, fez com que as pessoas pudessem contratar novas núpcias e com isso reconstruir sua vida afetiva com novos parceiros, isso gerou as relações chamadas de recompostas. Esse tipo é constituído entre cônjuges e companheiros e os filhos do outro, decorrentes de relacionamentos anteriores. São as relações referentes aos padrastos, madrastas e enteados.

Esse tipo de família não envolve somente valores afetivos, mas também moral e econômico.

“As crianças passam a conviver com o novo marido ou companheiro da mãe, ou nova mulher ou companheira do pai, que exerce as funções do cotidiano típicas de pai e mãe que se separou para viver só ou constituir uma nova família recomposta. Essa convivência envolve as vezes relações transversais entre filhos oriundos dos relacionamentos anteriores de cada pai e os comuns, dentro mesmo do ambiente familiar, o que provoca incertezas acerca dos possíveis direitos e deveres emergentes, pois é inevitável que o padrasto ou madrasta assumam de fato as funções inerentes da paternidade ou maternidade” (LÔBO, 2008, p.73).

Com o divórcio não quer dizer que o poder familiar acabou. Quando existe a guarda unilateral o outro tem o poder de fiscalizar a educação do filho conforme art 1589 do Código Civil 2002. Quando existe a guarda compartilhada, que é a melhor das opções, segundo a Lei 11698/88, o poder familiar existe para as duas partes, tanto o pai quanto a mãe

tem esses poderes, em igualdade de condições. Isso pode gerar um descompasso com a forma que o padrasto ou madrasta exerce sua educação, moral e resolve seus conflitos.

Devido a esses conflitos e para que possa ser garantida uma convivência saudável, sem os padrastos e madrastas sentirem que só assumem deveres e não direitos é que existe a necessidade de se legalizar esta entidade. Se já existem vários impedimentos, como os casamentos de enteados com padrastos ou madrastas, enteados com filhos de um dos cônjuges ou companheiros que conviveram como irmãos no mesmo lugar familiar e que padrasto e madrasta já são considerados parentes por afinidade segundo art 1595 do Código Civil 2002, deve-se reconhecer a família recomposta como entidade familiar. A medida tem que ser remediada pelo próprio direito quando disponibilizou o divórcio proporcionando as pessoas um recomeço de vida conjugal e não se preocupando com suas consequências jurídicas.

É necessário estabelecer normas para que seja assegurado aos pais o poder originário e aos padrastos e madrastas o poder de decisão e situações dos conflitos quando os enteados estiverem sob sua “guarda”, ressaltando sempre que tanto para um como para o outro é importante o princípio da razoabilidade.

Na atualidade já é possível o acréscimo do nome do padrasto devido a adaptação do enteado ao tratamento que recebe no meio social (TJSP,AC.327.007-4/1-00,2004).

2. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

2.1 Preceitos fundamentais da união estável

Segundo Lôbo (2008, p.148), “a união estável é a entidade familiar constituída por homem e mulher que convivem em posse do estado casado, ou com aparência de casamento. É um estado de fato que se converteu em relação jurídica”. Ela é um estado social convertido em relação jurídica reconhecida como entidade familiar. Mesmo sendo originária do casamento, a união estável é independente e tem seu estatuto jurídico próprio sem hierarquização.

Essa união de fato foi institucionalizada como união de direito. Ela é o resumo de um caminho agitado de discriminação e desconsideração legal, ligados aos conceitos rebaixados de valor do concubinato que era definido como devasso e contrário às leis e que desafiavam o sagrado casamento. Muitos projetos de leis foram impedidos devido à influência da Igreja Católica.

Através de jurisprudências, procurou-se criar soluções judiciais, utilizando o direito alternativo devido à pressão da realidade social. Com a cultura patriarcal, as mulheres foram as principais vítimas, pois em sua maioria eram impedidas de fazer parte do mercado de trabalho, ficando assim a depender financeiramente do homem. Eram considerados apenas os fatores familiares e não os patrimoniais, mesmo que a mulher tivesse participado da formação do patrimônio. Baseada nesta disparidade de direito e evidenciando o enriquecimento sem causa do companheiro, foram formuladas na década de 60, as súmulas 380 e 382 do STF. A súmula 380 dizia: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo espaço comum”. Ainda em defesa da mulher, a súmula 382 indicava: “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização de conhecimento”.

É perceptível que a solução não poderia ser encontrada somente no direito de família. Foi necessário buscar soluções no direito das obrigações a partir da figura da sociedade de fato, cuja decomposição levava à partilha do patrimônio. Então, quando não era permitido mostrar o esforço comum como formação patrimonial através do Tribunal que não admitia sua suposição pela ocorrência da convivência familiar, buscava-se a solução no direito das obrigações, justificando indenização dos serviços prestados pela concubina. Foi um considerável avanço em face do direito existente antes da Constituição Federal de 1988.

Antes da Constituição Federal de 1988 a união estável adquiriu o *status familiae*, onde passou de um fato social para um fato jurídico, reconhecida como entidade familiar e regida pelo direito de família. Após a CF/88, as Leis 8971/94 e 9278/96, esforçaram-se para organizar um estatuto mínimo da união estável, relacionadas a seus requisitos, sucessões de bens, conversão para casamento entre outros.

Com o Código Civil de 2002, foram reduzidas todas as matérias relativas à união estável revogando a legislação anterior. Contudo, é notória a preferência do legislador pelo casamento, o que faz com que nem em todos os momentos exista tratamento igual isonômico para as duas entidades, sendo inaceitável que o motivo pelo qual ela foi inserida no código tenha sido pela relação de direito material.

“Melhor seria que as matérias contidas nos arts 1723 e 1727 fossem distribuídas, de acordo com sua natureza, entre os direitos pessoais e os direitos patrimoniais, como se fez com o casamento. Afinal, as relações de parentescos, o poder familiar, o direito de filiação, a guarda dos filhos, por exemplo, são comuns ao casamento e a união estável e até mesmo à união monoparental” (LÔBO, 2008, p.150).

Foi definida como nomenclatura no Código Civil a denominação companheiro para os parceiros de união estável. Quem integra esta união deixa de ser solteiro, separado, divorciado ou viúvo.

“Essa qualificação autônoma resulta: a) da tutela constitucional e do Código Civil a união estável como relação diferenciada do estado de casado e do estado de solteiro; b) do vínculo inevitável dos companheiros como entidade familiar, especialmente dos deveres comuns; c) da relação de parentesco por afinidade com os parentes de outro companheiro que gera impedimentos para outra união com estes; d) da proteção dos interesses de terceiros que celebram atos com um dos companheiros, em razão do regime de bens de comunhão parcial desde o início da união” (LÔBO, 2008, p.150-151).

A união estável se inicia do estado de fato, diferente do casamento que tem seu início em acontecimento certo e público, por isso, às vezes, é difícil identificá-la. É de extrema importância o termo inicial, pois, através dele serão definidas os deveres da relação pessoal e patrimonial.

A Lei 8971/94 exigia o prazo de cinco anos no mínimo para caracterização e estabilidade. Na atualidade acontece a partir do início da convivência dos companheiros. São inúmeras as possibilidades de comprovação dessa convivência: testemunho dos vizinhos, amigos, colegas de trabalho, pagamento de aluguel, correspondências.

Pode existir nascimento de filho antes da convivência, pois este pode ser o motivo para o início de uma união. Se não existir convivência sobre a mesma habitação, será necessário tornar claro o tempo em que os companheiros passaram a se apresentar como se casados fossem perante suas relações sociais.

Não é exigido por lei, para que eu possa iniciar uma união estável, que o companheiro casado tenha oficializado seu divórcio. O que é necessário é que pelo menos esteja separado de fato do seu cônjuge. O Código Civil não exige um determinado tempo para a caracterização da separação de fato da pessoa casada, para fins de constituição de união estável, porém, no art 1830 do CC/02, está estabelecido o prazo de 2 anos de reparação de fato, onde ao cônjuge sobrevivente é reconhecido o direito sucessório.

“Contudo, essa norma específica não pode ser estendida, em sentido contrário, para alcançar o conceito de separação de fato para o fim de constituição de união estável, considerando-se tal o dia em que efetivamente o companheiro casado se separou de seu cônjuge, produzindo-se todos os efeitos, inclusive a comunhão dos bens adquiridos por qualquer companheiro a partir desta data” (BAPTISTA, 2005, p.311).

Os direitos sucessórios dos cônjuges são os bens comuns adquiridos até a data da separação de fato cuja separação dependerá de o outro cônjuge, que dele se separou, falecer dentro do prazo de dois anos.

Em relação aos direitos e deveres que serão gerados a partir da formação desta nova entidade familiar, é importante frisar que ainda que mantida as singularidades de cada entidade familiar, acontece a aproximação das regras estruturais dos direitos e deveres entre os cônjuges e companheiros e entre estes e os filhos. Devido o princípio da igualdade, não existe nenhuma distinção nas relações paterno-familiares constituídas pelo casamento ou pela união estável. Segundo o art 1724 do CC/02, “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos” (BRASIL, 2002, p. 287). Neste mesmo artigo, deve-se ressaltar que os companheiros assumem entre si deveres de lealdade, respeito e assistência, descartando como estabelecido no art 1566 CC/02 que fala de casamento, as obrigações de fidelidade recíproca e vida em comum no domicílio conjugal.

Existem duas formas de assistência, a Moral (direito pessoal) e a Material (direito patrimonial). No art 1694 CC/02, está expressa a assistência material que é exigida de um companheiro ao outro: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos

outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação” .

Na união estável não é permitido acrescentar ao seu o sobrenome do outro. Existe uma exceção através da Lei de Registro Público, no seu art 57, §2:

“A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas” (BRASIL, 1975).

Sendo assim, é possível existir a complementação do sobrenome do outro companheiro, porém, se os dois forem solteiros, divorciados ou viúvos, essa exceção não será possível.

A regra sobre a guarda dos filhos, nas modalidades exclusivas ou compartilhadas, previstas nos arts 1583 e 1589 do CC/02, também são aplicáveis aos companheiros, caso aconteça a decomposição da união estável, com as modificações necessárias. Relacionada à guarda exclusiva, são iguais os direitos do pai não guardião, inclusive quanto à permanência do poder familiar e ao direito de conviver com o filho.

O regime de bens estabelecido para os companheiros a partir do início da união estável é o da comunhão parcial de bens conforme art 1725 CC/02: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. Esse regime é legalmente adotado caso os companheiros não adotem outro regime via pacto. A proteção legal é totalmente semelhante à derivada do casamento.

Os companheiros podem estipular outro tipo de regime de bens, após o início da união estável previsto para os cônjuges ou criando um próprio. O regime diferenciado precisa ser registrado em cartório. O regime legal de separação de bens, previsto no art 1641 do CC/02 não se aplica obrigatoriamente a união estável, é obrigatório no casamento.

Ao promover a união estável ao *status* de entidade familiar a Constituição estabeleceu em seu art 226, §3: “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988, p. 74). Alguns autores que defendem a superioridade do casamento ou a hierarquização das entidades familiares analisam este artigo como a demonstração de que a Constituição colocou a união estável em um patamar inferior ou como ritual de passagem.

Segundo Lôbo (2008, p.162), “facilitar a conversão de uma entidade em outra é especificação do princípio da liberdade de constituição de família; não é rito de passagem”. O art 266, §3 da CF/88 configura muito mais o comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem se casar, a exemplo da dispensa de solenidade de celebração como estabeleceu o art 1726 do Código Civil. Esse artigo só estabelece a liberdade dos companheiros em convertê-la para casamento, assim como os que são casados podem livremente dissolver seus casamentos e constituírem uma união estável, o que não demonstra ser um ritual de passagem ou hierarquização.

É apenas exigida para essa conversão, segundo art 1726 CC/02 “o pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”. Não podem os Tribunais com justificativa de regulamentar a matéria, impor exigências que contrariem a Constituição e o Código Civil. O pedido terá que ser subscrito pelos dois companheiros ou se necessário, por seus procuradores.

A conversão não tem efeitos retroativos e as relações pessoais e patrimoniais da união estável permanecerão com seus efeitos próprios construídos no período da sua existência até o ato da conversão.

A união estável termina da mesma forma que se inicia, sem qualquer ato jurídico dos companheiros ou decisão judicial. A causa é baseada simplesmente na separação de fatos, dispensando a investigação da culpa. A dissolução poderá ser amigável ou litigiosa. A amigável pode ser através de um instrumento particular, na qual as partes já definam os questionamentos sem necessidade de instrumento público ou homologação judicial. No caso do litígio, será necessário pedido judicial da dissolução, cumulado com pedido de declaração incidental da existência da relação jurídica de união estável, se por acaso estiver a negativa desta por um dos companheiros. Não ocorrendo acordo entre os companheiros no curso do processo, o juiz decidirá sobre as matérias litigadas. Também é possível o pedido ao juiz que este determine a separação de corpos, como medida cautelar no curso do processo.

Por ser considerada entidade familiar e regida pelo direito de família, não cabe na união estável, no momento da sua dissolução, o companheiro exigir do outro indenização por serviços prestados (STJ, REsp 264.736-RS, 2005). A pretensão correta seria o pedido de alimentos.

2.2 Requisitos e impedimentos da união estável

São três os requisitos básicos para caracterização da união estável: a) relação afetiva entre homem e mulher; b) convivência pública, contínua e duradoura; c) objetivo de constituição de família (LÔBO, 2008, p.51).

O primeiro requisito é o da relação entre um homem e uma mulher convivendo com se casados fossem, com todas as características essenciais, seus direitos e seus deveres. Aqui, não basta uma manifestação de vontade formalizada, basta a configuração fática para que exista a incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática ira se converter em relação jurídica.

O segundo requisito diz respeito ao tempo que a união deve ter para que possa existira configuração. Como já foi abordado anteriormente, na lei anterior era determinado um tempo mínimo de cinco anos de convivência mínima, salvo se houvesse prole. O código civil de 2002 exclui qualquer referencia a tempo. A estabilidade é presumida porque seus efeitos são projetados para o futuro. A verificação da veracidade da existência dessa relação poderá ser produzida pelos meios mais simples de provas de qualquer fato. Se por acaso existir a negativa da relação por um das partes da relação, será necessário ajuizar uma ação declaratória de existência ou não da relação jurídica, segundo art 4 do Código de Processo Civil . Essa ação também pode se dá após a morte do companheiro, conforme entendimento do Supremo Tribunal de Justiça.

O seu terceiro requisito fala do intuito de constituir uma família. Essa seria a destinação pela qual os companheiros decidem formar esse tipo de entidade familiar, para que possa ser diferenciada de outros tipos de envolvimento afetivo, como exemplo a amizade.

Este requisito não apresenta características subjetivas, devendo ser aferido de modo subjetivo, a partir de um elemento de configuração real e fática da relação afetiva (ex: convivência duradoura sob o mesmo teto), para se determinar a existência ou não da união estável (LÔBO, 2008, p.154).

É aplicada a união estável os mesmos impedimentos legais do casamento. A lei abriu exceção, porem, para as pessoas casadas, que estão impedidas para casar, mas não para constituir a união estável, desde que estejam separadas de fato dos seus cônjuges.

As uniões estáveis paralelas não são possíveis, pois a união estável é uma relação jurídica more uxório, derivado da convivência geradora de estado de casado, tendo como consequência o casamento, que no direito brasileiro é uno e monogâmico. O tribunal admitiu a união estável putativa, onde a companheira posterior não sabia da existência da união anterior.

As causas de invalidade do casamento não são aplicáveis a união estável, porque e união estável diferente do casamento não é um ato jurídico. As hipóteses de anulação também não, pois estas dizem respeito a celebração do ato e isso inexistente na união estável.

2.5 Reconhecimento da união estável homoafetiva

A união entre pessoas do mesmo sexo se mostra um tema com grande repercussão na última década, mesmo sendo uma realidade há muitos anos. Entre os fatores que proporcionam tal repercussão se destaca a maior organização dos movimentos defensores dos direitos dos homossexuais, principalmente na promoção de ações judiciais visando à tutela judicial dos direitos homoafetivos.

“A homossexualidade caracteriza-se pelo sentimento de amor romântico por uma pessoa do mesmo sexo. Tecnicamente pode ser definida como a atração erótico-afetiva que se sente por uma pessoa do mesmo sexo” (DIAS, 2006, p.25).

Podemos perceber que não existe diferença de comportamento em comparação as pessoas de sexos opostos.

Ainda existe o paradigma que todos os homossexuais são pessoas promiscuas ou devassas, se isso acontece entre alguns, não é uma característica exclusiva, pois também existem heterossexuais agindo desta forma.

Como disse Dias (2008, p. 68), “é preciso ser visto o afeto como uma realidade digna de tutela”. Portanto, é preciso analisar os objetivos de se constituir uma família.

“O afeto é o elemento essencial das relações interpessoais, sendo um aspecto do exercício do direito á intimidade garantido pela Constituição Federal. A afetividade não é indiferente ao Direito, pois é o que aproxima as pessoas, dando origem aos relacionamentos que geram relações jurídicas, fazendo *juz* ao *status* família. Imperioso reconhecer o surgimento de uma nova família ‘eudonista’, doutrina que considera ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana” (DIAS, 2008, p.68).

Observamos que o amor de família é o elemento essencial das relações interpessoais e que elas têm o afeto como pressuposto, portanto, são merecedoras da proteção do Estado.

Por mais que o Direito não regule os sentimentos puros, isoladamente considerados, a partir do momento que associamos a outros fatores, passam a produzir efeitos no mundo jurídico e a merecer proteção jurídica do Estado.

No caso das uniões homoafetivas, que são fatos jurídicos, é necessário o reconhecimento do status jurídico-familiar para que possam ter a proteção legal existente para família, afinal, não existe qualquer fundamentação jurisprudencial válida ante a isonomia para a diferenciação com o paradigma das uniões heteroafetivas, além de serem os homossexuais merecedores da mesma dignidade humana conferida aos heterossexuais.

Já está demonstrado nesta pesquisa que a família na atualidade formada por casais forma-se da comunhão plena de vida e interesses, de caráter público, contínuo e duradouro, razão pela qual merecem proteção do direito de família, pois esta visa proteger as famílias fáticas que não sejam proibidas expressamente pelo Direito, até porque não existem proibições implícitas em nosso ordenamento jurídico, como decorrência do art 5, II, da CF/88, segundo o qual ninguém está proibido de fazer algo que não em virtude de lei.

O que é preciso analisar, é que as uniões homoafetivas possuem os mesmos elementos valorativamente protegidos nas uniões heteroafetivas, *affectio maritalis*. É incoerente que alguns autores defendam que não é possível esta união, devido à incapacidade procriativa, pois o nascimento de um filho irá gerar obrigações para os pais, somente em relação à criança e não de um em relação ao outro.

Vivemos em um país democrático, o regime que estabelece que todo poder emana do povo, que mesmo que indiretamente através de representantes legais eleitos, é o povo que governa o país. Dessa forma o povo deve ter seus direitos respeitados, em especial as minorias existentes. Segundo Silva (2005, p. 132 *apud* VECCHIATTI, 2008, p. 228), “democracia é o regime de garantia geral para realização dos direitos fundamentais do homem”. Essa concepção é decorrente da ideia segundo a qual o Estado Democrático de Direito busca realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana. A existe para garantir a prevalência dos direitos fundamentais.

Discriminar a orientação sexual caracteriza violação dos direitos constitucionais fundamentais à isonomia e ao respeito da dignidade da pessoa humana.

A Lei 11340/06, chamada de Lei Maria da Penha já reconhece em alguns de seus dispositivos o status jurídico familiar das uniões homoafetivas, como pode ser visto a seguir:

“toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes

à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social”

Observa-se que este artigo reconhece expressamente que pessoas homossexuais têm direitos de formar família homoafetivas e conseqüentemente que essas famílias sejam protegidas pelo direito de família.

“Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...]. Parágrafo único: As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”

Ao mostrar que a família compreende-se como comunidade constituída por indivíduos que são consideradas aparentados por vontade expressa (art 5, II) e que as relações pessoais apresentadas em todo este artigo independem de orientação sexual (art 5, parágrafo único), a Lei Maria da Penha mostrou que entende por família também a união homoafetiva, pois, do contrário, as relações pessoais apresentadas no inciso II dependeriam de orientação sexual, o que iria contrariar o artigo único deste dispositivo legal. A Lei Maria da Penha versa sobre violência doméstica contra a mulher e o termo doméstica é porque ela será impetrada no âmbito familiar, o que mostra inegável o reconhecimento do *status* jurídico familiar.

Na busca pela legalização dos direitos fundamentais foi que ocorreu a propositura da ADIn 4277 – Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pela Procuradoria Geral da República.

Depois de inúmeros debates, o reconhecimento de tal união concretizou-se em 5 de Maio de 2011. Com a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre tal instituto, os ministros julgaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132. Reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

A ADI 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

A decisão do ministro Ayres Britto apresentou como principal argumento o artigo 3º, inciso IV, da CF que veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Nas palavras do ministro “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualdade jurídica”¹, palavras de demonstram que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF.

A decisão do STF foi no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Esta decisão se deu baseada nos princípios fundamentais do Direito sendo que a decisão foi no sentido de que não há razões que permitam impedir a união entre pessoas do mesmo sexo, pois a figura da união estável foi criada para reconhecer “famílias espontâneas”, independente da necessidade de aprovação por um juiz ou padre, sejam elas compostas por pessoas do sexo oposto ou do mesmo sexo, e que estas existem na sociedade e onde há sociedade há o direito. Se a sociedade evolui, o direito evolui.

Assim aqueles que fazem a opção pela união homoafetiva não podem ser desiguais da maioria. As escolhas pessoais livres e legítimas são plurais na sociedade e assim terão de ser entendidas como válidas. De forma clara, a decisão dos ministros visa esclarecer que o direito existe em função da vida em seus aspectos sociais, não podendo este delimitar a vontade emotiva dos indivíduos.

O relator apresentou que em nenhum dos dispositivos da Constituição Federal que tratam de família está contida qualquer proibição de sua formação a partir de uma relação

¹ O texto do ministro está disponível na íntegra no sítio: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>. Acesso em 21 de abril de 2012.

homoafetiva. Afirmando que “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, esta juridicamente permitida”².

Outro fator destacado na decisão foi o fato que de na atualidade a formação de família não acontece só com o instituto do casamento e o reconhecimento da autonomia da vontade do ser humano.

“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 pétreia.” Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>> acesso 05 de maio de 2012

A decisão do reconhecimento da união estável para casais homoafetivos foi um grande avanço no direito brasileiro, mas isso não quer dizer que venha a ser a solução dos problemas, pois ainda existe a importância de legislação específica para regular esses temas, pois dentro desta vertente, existem questionamentos que precisam ser definidos por lei.

2.6 Aspectos extraordinários

Após a decisão do STF sobre a existência, resguardada juridicamente, da união homoafetiva, houve uma quebra do requisito típico da existência da união estável, que seja a relação de pessoas de sexos diferentes. Tal quebra abre um leque de possibilidades para os casais de mesmo sexo, institutos jurídicos que agora podem ser requisitados.

Mas o caso apresenta um alto nível de complexidade, onde a lacuna legislativa somada a decisão da mais alta corte judiciária, esta, com poder imperativo dentro do sistema jurídico brasileiro, criou um ambiente de incerteza legislativa, onde a comunidade doutrinária divide opinião.

A Suprema Corte do País ao julgar a ADI 4277 e a ADPF 132 reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, nos seus efeitos vinculantes e *erga omnes*. O reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar, apresenta as mesmas regras e direitos da união estável heteroafetiva. É

² Trecho do voto do ministro, disponível no sítio indicado na nota 1.

certo que a opção sexual do indivíduo não pode e não deve constituir óbice para a outorga de direitos e obrigações, contudo parte da doutrina não observa como materializar tal conversão sem lei específica.

A convivência entre duas pessoas fundada na assistência mútua, no amor e no respeito, cuja notoriedade, publicidade, coabitação e a presença do respeito mútuo são uma constante no relacionamento, possui patente conotação de verdadeira comunhão de afetos, cujo objetivo, é a constituição de uma família.

É sabido que a lei brasileira, ainda é desprovida de legislação direcionada a relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, discutindo-se a matéria devido a corajosos e inovadores posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais. A omissão legal não faz desaparecer o fato social e derivado desta ideia.

A carência de lei específica não implica ausência de direito, mas obsta um esclarecimento da matéria. De tal modo, é sabido que, dentro da possibilidade jurídica do sistema brasileiro, a união estável pode ser convertida em casamento, pois, como dispõe o art. 226, §3º da Constituição, é isso que se entende: “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.”

No entanto, começam as discussões se através do reconhecimento das uniões estáveis entre homossexuais, mesmo que somente no âmbito jurídico, pelas jurisprudências, podem ser convertidas em casamento.

Antes de tal questionamento, é pertinente discutir a ideia de que, a diversidade de sexos, que foi colocada na Carta Magna, é somente um rol exemplificativo ou se é taxativo na união estável, pois a partir daí existirá a certeza da possibilidade da conversão da união estável homoafetiva em casamento.

Certa parcela da doutrina principia que os institutos aplicados a união estável pode ser aplicado para as uniões homoafetivas. Afirma-se isso, pois, na legislação, mesmo não havendo uma determinação expressa, também não há nada que proíba o reconhecimento de tais uniões. Sendo assim, cabe usar da analogia para interpretar uma norma, somando ainda ao fato da decisão do STF sobre o tema.

Em suma, significa dizer que quando se interpretar uma norma da Carta Magna deve-se lê-la levando em conta as demais regras que a rodeiam. De tal forma, é que o art. 226, §3º da Lei Maior não exclui as uniões homoafetivas, posto que:

“as relações heterossexuais, as uniões homossexuais são vínculos afetivos em que há comprometimento mútuo. A união estável configura um gênero que comporta mais de uma espécie: a união estável heterossexual e a união estável homossexual. [...] Sobretudo, as regras da união estável heterossexual, por analogia, são perfeitamente aplicáveis às uniões homossexuais” (DIAS, 2004, p. 34).

Para outra parcela da doutrina, não se poderia falar em casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois, esbarra no art. 1514 do Código Civil, por ele dizer que a relação existente é entre homem e mulher.

“quando não são observados os requisitos para a celebração do casamento, este se tornará nulo ou anulável, porém se houver a ausência dos pressupostos fáticos, a consequência jurídica será a inexistência do casamento” (PÉREIRA, 2003, p. 129 *apud* SCAPPINI, 2005, p. 24).

São perceptíveis os inúmeros debates sobre o tema e a importância de determinações específicas, pois os fatos sociais continuam ocorrendo e é preciso a proteção do estado para resolução desses conflitos.

3. CASAMENTO HOMOAFETIVO

3.1 Casamento civil brasileiro

“O casamento é um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado” (LÔBO, 2008, p.76).

Para Pontes de Miranda “é o contrato de direito de família que regula união entre homem e mulher” (MIRANDA, 2008, p. 210 *apud* LÔBO, 2008, p.76).

Maria Helena Diniz (1989) vai mais longe quando diz que o casamento é o vínculo jurídico entre homem e mulher que visa ao auxílio mútuo, material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família legítima.

No direito brasileiro atual, após a Constituição Federal de 1988, o casamento foi denominada com entidade familiar e aceita como a mais importante das entidades, tendo em vista a tradição e sua exclusividade ao longo da história do direito de família. Ele ainda é o modelo mais adotado de entidade, apesar do total de casamentos registrados em 2009 terem caído 2,3%, em relação a 2008³.

Na sociedade brasileira, o lado da tradição e dos costumes ainda tem uma grande influência no momento em que os casais fazem a opção de formarem sua entidade familiar, não significando uma hierarquização normativa.

Existem três linhas de raciocínio que definem a natureza jurídica do casamento: contratual, institucional e a mista. A vertente contratual é a que defende o casamento como um contrato, pois o mesmo forma uma união estável, cercada de interesses econômicos e patrimoniais, onde estes geram direitos e obrigações para os dois cônjuges. A vertente institucional tem sua defesa por aqueles que justificam que o casamento não tem só seu objetivo patrimonial, pois nele é encontrado o afeto entre as pessoas e o respeito à família. A vertente mista é a corrente majoritária, pois nela estão contidas as características das outras duas. Na mista o posicionamento defende que o casamento é constituído de um contrato especial, pois possuem interesses morais e pessoais.

³ Para maior detalhamento dos dados, acessar http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1753 . Acesso em 20 de abril de 2012.

Como o texto do Código Civil de 2002 foi criado duas décadas antes da Constituição de 1988, entendem-se porque ele estabeleceu de modo geral as entidades familiares, sem fazer referências aos demais. As normas estabelecidas à união estável só estão disposta no capítulo III, após os títulos referentes aos direitos pessoais e patrimoniais, pois foi introduzido durante o processo legislativo no Congresso Nacional.

“O que dá peculiaridade ao casamento é o fato de sua formação depender de ato jurídico complexo, manifestação de vontade, além da oficialização que é revestido, pois sua eficácia depende de atos estatais: habilitação, celebração, registro público. As outras entidades são constituídas com maior liberdade, como fatos sociais aos quais o direito empresta consequências jurídicas” (LÔBO, 2008, p.77).

O casamento pode ser realizado de duas formas: o casamento civil e o casamento religioso com efeito civil, este terá que passar anteriormente por todos os requisitos de habilitação do casamento civil. As celebrações dos atos do casamento são gratuitas para todo brasileiro ou estrangeiro que viva no Brasil, desde que a pobreza seja declarada, sob as penas da lei, art 1523 do Código Civil.

O processo de habilitação do casamento está contido nos arts 1525 á 1532 do Código Civil de 2002. É a fase inicial para o casamento e deve ser promovida perante o oficial de registro civil de residência das duas partes ou de um dos nubentes. É o momento em que se verificam as documentações, se elas estão aptas para realização do casamento. Se tudo estiver conforme estabelecido na lei, será emitida uma certidão de habilitação expedida pelo oficial publico, pois este será o documento indispensável para celebração civil ou religiosa do casamento.

A celebração do casamento é o momento do ato formal, público e solene, que envolve a manifestação livre e consciente dos contraentes, o testemunho dos que se fazem presente e a declaração da autoridade judicial ou religiosa. Após a certidão de habilitação é solicitada data pelos contraentes e fixada pela autoridade celebrante. A publicidade do ato é necessária, porque interessa ao Estado que a sociedade saiba quem se irá se casar, devido às consequências da mudança do estado civil perante os contraentes e terceiros.

Na celebração são necessárias testemunhas. Tem que existir o consentimento das duas partes e este consentimento é preciso ser explicitado em voz alta perante o celebrante. Quando o casamento for somente civil, será necessária além do celebrante e das testemunhas,

a presença do oficial do registro público. Nas situações dos nubentes não poderem está presentes, estes podem ser representados por procuradores, que não precisam ser de sexo opostos aos nubentes, pois não é ele que esta casando e sim seu mandante. Importante frisar que não é permitido o mesmo procurador para os dois nubentes.

Será imediatamente suspensa a celebração, se algum dos contraentes:

“I - recusar a solene afirmação da sua vontade; II - declarar que esta não é livre e espontânea; III - manifestar-se arrependido. Parágrafo único. O nubente que, por algum dos fatos mencionados neste artigo, der causa à suspensão do ato, não será admitido a retratar-se no mesmo dia” (art 1538, CC/02).

Segundo Paulo Lôbo (2008, p.93). “o arrependimento é irrestrito e ilimitado, não necessitando o nubente justificá-lo; é suficiente que não confirme seu consentimento. A lei determina como suspensão, porque poderá ser retomada em outro dia caso o nubente retrate-se do arrependimento dentro do prazo de 90 dias contados a partir da data que foi emitido o certificado de habilitação. Se passar desse prazo outra habilitação devera ser promovida. Esta retratação não poderá ser feita no mesmo dia , após a celebração do casamento.

Ainda de acordo com o autor, “a declaração da autoridade civil celebrante é o ato formal que conclui a celebração do casamento, não podendo ser omitida ou simplificada, pois seus termos são fixados na lei (art 1535 CC/02)” (LÔBO, 2008, p.93). Essa declaração confirma que os nubentes se aceitaram como marido e mulher. Após a celebração o oficial de registro, deve lavrar o assento respectivo que será assinado pelas testemunhas, autoridade celebrante, nubentes e pelo oficial. Segundo Pontes de Miranda “a data do registro é o que estabelece a irradiação dos efeitos civis, de modo que, tendo havido duas celebrações, é eficaz a que primeiro se registrou” (MIRANDA, 2008, p.347 *apud* LÔBO, 2008, p. 94). As regras sobre a celebração estão contempladas entre os arts 1533 a 1542 do Código Civil Brasileiro de 2002.

Sobre a validade do casamento é imprescindível informar que o casamento vai depender de dois fatores: manifestação de vontade do homem e da mulher de estabelecer o vínculo conjugal e a declaração do juiz de direito ou de paz ou do ministro de confissão religiosa de que estão casando. Por isso, o art 1514 estabelece: “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados” . A validade do casamento origina-se da validade dos requisitos.

A capacidade civil plena no direito brasileiro é adquirida com 18 anos. Contudo, para contrair o matrimônio a capacidade civil é diminuída para 16 anos, pois é considerada no direito brasileiro como idade núbil, desde que autorizado pelos pais. Segundo art 1518 CC “até a celebração do casamento podem os pais, tutores ou curadores revogar a autorização”. Se um dos pais não autorizar o juiz decidirá a questão. A justificativa de quem solicitou a negativa do casamento, terá que ser baseada em um motivo razoável.

Existem situações de exceção onde poderá acontecer casamento de menores que não atingiram a idade núbil, independente da autorização dos pais. A primeira será em virtude de gravidez e a outra se dará com a imposição de pena criminal, ou seja, o casamento do autor do crime com a menor imuniza-o da pena.

O casamento poderá ser impedido e algumas situações são consideradas moralmente determinantes dessa proibição. A violação a qualquer um dos impedimentos determinados no art 1521 do CC/02 acarreta na nulidade do casamento, que pode ser promovida por qualquer pessoa, pelo Ministério Público ou declarada de ofício pelo juiz.

“Não podem casar: **I** - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; **II** - os afins em linha reta; **III** - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; **IV** - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; **V** - o adotado com o filho do adotante; **VI** - as pessoas casadas; **VII** - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte” (art 1521 CC/02).

Depois do casamento, qualquer pessoa ou Ministério Público pode promover ajuizamento da ação direta, na qual consiga provar a incidência de qualquer um dos impedimentos, assim, comprovado o impedimento, o juiz terá que declarar nulidade do casamento.

O oficial de registro ou o juiz tem obrigação de declarar o impedimento assim que tomar conhecimento, pois é de interesse público segundo art 1522, parágrafo único do Código Civil de 2002. Esses não podem se omitir sob pena de responsabilidade disciplinar e penal. São considerados os impedimentos do casamento para união estável, com exceção da hipótese da pessoa casada, que está separada de fato, para que esta possa iniciar uma união estável antes da conclusão do divórcio.

Existem também as causas suspensivas do casamento. Elas têm a finalidade de inibir e não de proibir. Essas situações não irão impedir a realização do casamento. Não existe a invalidade, o casamento que foi celebrado e registrado é válido, mas acarretam

consequências jurídicas desvantajosas aos cônjuges que não as observam, a imposição do regime matrimonial de separação total de bens.

As causas suspensivas foram mitigadas pelo Código Civil, pois das três das quatro previstas em leis podem ser consideradas pelo juiz quando os nubentes pedirem que a eles não sejam aplicadas, provando a inexistência de prejuízos par as pessoas que estariam potencialmente atingidas pelo casamento” (LÔBO, 2008, p.88).

São legitimados para denunciarem as causas suspensivas da celebração os parentes em linha reta de um dos nubentes (pais, avós, filhos, netos, etc) e os irmãos e cunhados. São causas suspensivas:

“**I** - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; **II** - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; **III** - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; **IV** - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas (art 1523 CC/02).

Sobre a invalidade do casamento é importante expor que ela possui características próprias, que não correspondem às regras comuns estabelecidas na Parte Geral do Código Civil, para os atos jurídicos e principalmente dos negócios jurídicos. O casamento só é nulo ou anulável nos casos em que estiver exposto na norma jurídica do direito de família. A nulidade pode ser solicitada pelos interessados ou Ministério Público (que não está obrigado a fazer, pois no art 1549 do CC/02 admite a faculdade) e não pode ser declarada de ofício. É o grau mais alto da invalidade do ato jurídico e não possui eficácia.

Não são admitidas interpretações extensivas à nulidade. Só o juiz poderá declará-la se o fato estiver totalmente provado, não podendo estar baseada em indícios e prova testemunhal. Também não pode ser suscitada de forma incidental, somente em ação direta e originária, com a finalidade exclusiva de decretação judicial da nulidade do casamento. A ação é imprescritível, pois ocorreu lesão à ordem pública.

O Código Civil em seu art 1548 diz que “só será nulo o casamento contraído: I- pelo enfermo mental sem necessário discernimento para atos da vida civil; II- por infringência do impedimento”. Sob esse aspecto:

A enfermidade mental somente poderá ser considerada se comprometer totalmente a liberdade de discernimento, segundo as mesmas circunstâncias que conduzem a incapacidade negocial absoluta da pessoa (LÔBO, 2008, p.101).

A sentença judicial que decretar nulidade do casamento terá efeito retroativo desde a data que o casamento foi celebrado. A princípio todas as relações jurídicas que decorreram desta nulidade serão desfeitas, todavia, alguns efeitos poderão insistir, tornando a retroatividade relativa.

De boa fé estiverem os terceiros que celebram atos jurídicos com cônjuges, em desconhecimento da enfermidade mental de um deles ou de impedimentos matrimoniais. Também conservam seus efeitos as situações jurídicas resultantes de sentença transitada em julgado (coisa julgada), ainda que fundadas na relação de casamento que se declarou nulo (LÔBO, 2008, p.102).

No âmbito da anulabilidade que diz respeito à proteção dos interesses individuais relevantes, é importante analisar que depende da proposição exclusiva dos interessados legitimados, dentro de prazos decadenciais. Uma diferença da nulidade é que não existe retroabilidade dos efeitos na sua declaração judicial, permanecerão validos todos os atos, relações e situações jurídicas que foram constituídas durante a vigência da relação conjugal. Segundo o Código Civil:

“É anulável o casamento: I - de quem não completou a idade mínima para casar; II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal; III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558; IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges; VI - por incompetência da autoridade celebrante. Parágrafo único. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada” (art 1550 CC/02).

O casamento religioso só segue as mesmas exigências para anulação do casamento civil quando possuir os efeitos deste, do contrário são situações distintas.

Na situação de erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge ou de coação é apenas legitimado para a anulação o cônjuge enganado. Além da dissolução, a anulabilidade tem outras consequências em desfavor do cônjuge que tiver dado causa, quando sua culpa for caracterizada. Perderá todas as vantagens havidas do cônjuge inocente e ao cumprimento compulsório de todas as obrigações que assumiu no pacto nupcial .

É observada também a existência do casamento putativo que, segundo Lôbo (2008, p.111), “é o que foi constituído com infrigência dos impedimentos matrimoniais, portanto nulo, ou de causas suspensivas, portanto anulável, quando um ou ambos os cônjuges desconheciam o fato obstativo”. O cônjuge está de boa fé, pois ele simplesmente crer na plena validade do seu casamento. Esta boa fé torna puro a invalidade, admitindo efeitos apesar desta. O casamento putativo acaba-se quando o juiz, convencido do fato que o impede, determina a invalidade do casamento. Exemplo de casamento putativo é quando dois irmãos se casam e não sabiam da ligação de parentesco que possuíam.

Após o âmbito da existência e da validade na realização do ato jurídico, é preciso falar da eficácia que protege os direitos e deveres entre os cônjuges de forma restrita e em amplitude abrange a relação com filhos e terceiros.

A eficácia do casamento sofreu uma grande mudança de paradigma da família e do casamento com a Constituição de 1988, principalmente com a igualdade de direitos entre homens e mulheres na sociedade conjugal .(art 266,§5, CF/88).

Na situação atual, baseada na dignidade humana, na solidariedade, convivência familiar, afetividade, liberdade e acima de tudo igualdade, o direito infraconstitucional estabelece “pelo casamento, homem e mulher, assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família” (art 1565 CC/02). Essa regra também é aplicável na união estável. Poderá um dos cônjuges tornar essa sociedade conjugal exclusiva quando:

“Se qualquer dos cônjuges estiver em lugar remoto ou não sabido, encarcerado por mais de cento e oitenta dias, interditado judicialmente ou privado, episodicamente, de consciência, em virtude de enfermidade ou de acidente, o outro exercerá com exclusividade a direção da família, cabendo-lhe a administração dos bens” (art 1570CC/02).

Essa exclusividade, inclusive para fins de administração e alienação de bens, não isenta o cônjuge de responder perante o outro pelos eventuais prejuízos que lhe causar.

Importante observar que a solidariedade na repartição dos encargos familiares, será estabelecida de acordo com as possibilidades e os rendimentos de cada um dos cônjuges (art 1568 CC/02).

Dos deveres comuns a ambos os cônjuges o art 1566 é taxativo “I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V- respeito e consideração mútuos”.

Os expostos deveres de fidelidade recíproca, coabitação e até mesmo o de respeito e consideração mútua são juridicamente inofensivos, não causam nenhum dano, pois não existe nenhuma sanção jurídica para seu cumprimento durante a convivência conjugal. Servem apenas como causa para o divórcio litigioso (LÔBO, 2008, p.124).

Apenas os deveres de mútua assistência, de sustento, guarda e educação dos filhos atendem às especificações com o modelo moderno de família e com os valores constitucionais.

No direito brasileiro é possível a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. Em seu art 1571, o Código Civil determina:

A sociedade conjugal termina: **I** - pela morte de um dos cônjuges; **II** – pela nulidade ou anulação do casamento; **III** - pela separação judicial; **IV** - pelo divórcio. § 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente. § 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.

É possível perceber que o vínculo matrimonial só deixará de existir com a morte ou com o divórcio, podendo fazer com que a pessoa esteja totalmente habilitada para casar-se novamente, o que não será possível em nenhuma das outras situações.

Antigamente era necessário o pedido de separação judicial e a espera de um período para que existisse a conversão do divórcio. Atualmente, o divórcio pode ser pedido diretamente por um ou pelos dois cônjuges desde que se comprove a separação de fato por mais de dois anos. Já é normatizada a forma de divórcio extrajudicial, introduzido pela Lei 11.441/2007, que possibilita o divórcio consensual por vias administrativas, desde que preenchidos os requisitos da lei.

3.2 Possibilidade jurídica do pedido de casamento homoafetivo

Baseado no que determina o art 1514 do Código Civil de 2002 que diz: “o casamento se realiza no momento em que um homem e uma mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados” é que surgem os conflitos sobre a diversidade de sexo, como falta de condição de existência, para a possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo.

Alguns autores afirmam que teria que existir a lei expressa para que fosse possível a realização deste casamento, pois observam que existe uma proibição implícita quando a lei determina que o casamento se realize entre um homem e uma mulher.

“Pode, ainda, a inexistência provir da falta de um pressuposto específico daquele ato, como se dá, por exemplo, com o casamento, que põe na diversidade dos sexos um requisito fundamental. Nenhuma lei declara que o matrimônio de duas pessoas do mesmo sexo é ineficaz, mas, como a dualidade é da própria natureza da instituição, afirma a doutrina e aceitam os tribunais que, se vem a faltar, o ato é inexistente” (PEREIRA, 2003, p.554).

No entanto, outros autores afirmam que esta interpretação é puramente ideológica, sem fundamento normativo que justifique na medida de que o Código Civil não explicita que pessoas do mesmo sexo tenham impedimentos para contrair o casamento. Segundo Vecchiatti (2008, p.261), “não existem proibições implícitas em Direito, ante o teor do art 5,II,da CF/88, segundo o qual ninguém será obrigada a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”. Neste sentido, o autor afirma que só será proibido o que estiver expresso em lei.

Ainda de acordo com Vecchiatti (2008, p.288), “a possibilidade jurídica do pedido consubstancia pelo fato de ser o feito formulado admissível no ordenamento jurídico pátrio, ainda que tal possibilidade se dê em abstrato”. O que o autor quer dizer é que existem dois tipos de pedidos juridicamente possíveis: os que são expressamente possíveis pela lei e os que estão permitidos implicitamente pelo ordenamento jurídico. Importante salientar que para existir a segunda forma de pedido, não poderá existir nenhuma proibição legal expressa e esse pedido tem que ter a possibilidade de ser interpretado de forma extensiva e analógica.

O autor ainda afirma que:

Permissão implícita é decorrência lógica dos princípios de interpretação sistemática, da legalidade e da isonomia, pois respectivamente: (I) em Direito nada se interpreta de forma isolada e todos são iguais, (II) ninguém é obrigado a deixar de fazer algo se não em virtude de lei, (III) todos devem receber o mesmo tratamento jurídico (VECCHIATTI, 2008, p.289).

O fator validade também deve ser analisado em relação à possibilidade jurídica do casamento homoafetivo.

Para que um casamento exista é preciso que ele preencha os requisitos de validade e alcance sua eficácia através do registro público. A validade depende de requisitos de habilitação, celebração e idade núbil.

A norma determina que o requisito para o casamento é a vontade entra as partes perante uma autoridade competente não estabelecendo como suporte fático que pessoas do mesmo sexo constituam forma excludente, sobretudo após a decisão do Supremo Tribunal de Federal em relação às uniões homoafetivas.

Importante salientar que o Código Civil de 2002 não regula que a ausência da diversidade sexual sejam hipóteses de nulidade ou anulabilidade do casamento. Se a diversidade sexual não é tida como indicador normativo para o reconhecimento jurídico do casamento, então, não será possível excluir o casamento de pessoas do mesmo sexo do ordenamento jurídico brasileiro.

Outros fundamentos são analisados e precisam ser levados em consideração para análise dessa possibilidade jurídica.

Nada adianta assegurar respeito à dignidade humana e à liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento desigual entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito (DIAS, 2008, p.30).

Alguns princípios constitucionais precisam ser analisados, já que no art 4 da LICC determina que o juiz na ausência da lei deve decidir de acordo com os costumes e princípios, objetivando atingir o fim social a que se destina. Tais princípios são fundamentos utilizados nos pedidos e decisões da possibilidade jurídica do casamento homoafetivo.

É sabido que as normas jurídicas não protegem qualquer situação fática, mas valores nelas contidas, o que facilmente pode ser conhecido por meio da Teoria Tridimensional (norma= fato+valor), logo o fato de o texto ser omissivo em relação a determinada situação fática não significa, que outra situação não regulamentada não possa gozar do mesmo regime jurídico conferido a outra situação expressamente protegida. O que é preciso levar em consideração é se o fato tem o mesmo valor ou não do protegido pela norma regulamentada, pois aí se utiliza da interpretação extensiva e da analogia, que são princípios gerais do Direito originário do aspecto material da isonomia, no sentido de garantir o mesmo tratamento jurídico aos iguais e aos fundamentalmente iguais.

O princípio da proporcionalidade (art 5, II da CF/88) também deve ser observado, pois é uma forma de controle dos atos públicos que:

Busca inabilitar os que se mostram incapazes a obter o fim por eles pretendido, que sejam mais gravosos do que outros possíveis para que se atinja tal fim, e ainda, aqueles cujos direitos visam proteger sejam menos relevantes do que outros direitos que com eles divergem no caso concreto (VECCHIATTI, 2008, p.144).

Nesta direção, percebe-se que só existirá respeito à isonomia (art 5, caput, CF/88) na diferenciação se esta for apropriada para atingir os fins pretendidos, necessária ante a falta de existência de outra forma menos gravosa e proporcional no sentido em que o valor protegido de ser maior do que o valor sacrificado.

Atualmente, é pacificado no mundo, que a dignidade humana representa um princípio jurídico essencial de todo Estado que se considere Democrático de Direito. Na Constituição brasileira está expresso no seu art 1, III):

A dignidade humana constitucionalmente consagrada garante a todos o direito a felicidade, na medida em que a realidade empírica demonstra que a própria existência humana destina-se a evitar o sofrimento e a buscar aquilo que acreditamos nos trará a felicidade (VECCHIATTI, 2008, p.159).

O princípio da dignidade da pessoa humana garante a todos a mesma dignidade pelo simples fato de serem pessoas humanas, sendo insignificante qualquer condição externa nesse contexto.

A noção da dignidade como produto do reconhecimento da essencial unicidade de cada pessoa humana e do fato de esta ser credora de um dever de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade humana (SARLET, 2005, p.26 *apud* VECCHIATTI, 2008, p. 162).

Cultura, localização geográfica, religião, opção sexual, entre outros, não são motivos que tornam esses seres humanos merecedores de tratamentos menos dignos do que outros que fazem parte da “sociedade” legitimada. Só terão punidos comportamentos contrários ao ordenamento jurídico.

O princípio da dignidade humana, versa sobre o respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano. Está presente quando existir a liberdade, a

autonomia, a igualdade em direitos e dignidade e o reconhecimento dos direitos fundamentais minimamente assegurados.

Tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em casa ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como também venha lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com demais seres humanos (SARLET, 2005, p.26 *apud* VECCHIATTI, 2008, p. 164).

Baseado nos textos acima, se existir a negação a alguém da dignidade humana, significa considera-lo inferior e por tanto não mais seres humanos. Cada pessoa tem o direito a sua vontade individual que lhe garante o direito de viver a vida como melhor convier, sendo respeitada pela coletividade e não prejudicando terceiros. O respeito não significa a aceitação, mas apenas a não agressão, o tratamento cordial que é preciso para vivermos em sociedade.

Com base no exposto acima que tem como fonte maior os princípios constitucionais brasileiros, seria possível a maioria de uma população restringir direitos sobre uma minoria?

Se essa mesma população consagrou em sua Constituição princípios jurídicos que vedam a discriminação arbitrária (isonomia) e que colocam todas as pessoas humanas em igual grau de dignidade (dignidade da pessoa humana), a resposta é não (VECCHIATTI, 2008, p.226).

O povo brasileiro decidiu por meio da Assembleia Constituinte, celebrar a isonomia e a dignidade humana como direitos fundamentais de eficácia plenas aplicáveis em todo território nacional. Então, a população brasileira proibiu a institucionalização do preconceito no seu novo ordenamento jurídico, a Constituição Federal de 1988. Isso quer dizer que até a promulgação de uma nova Constituição que extraia a isonomia ou então que apresente uma fundamentação lógica-racional que justifique esta discriminação relacionada às uniões homoafetivas, qualquer manifestação popular será determinada como inconstitucional.

Opositores ao reconhecimento do casamento homoafetivo justificam que a Constituição Federal prever a tutela a família formada por um homem e uma mulher, família heteroafetiva, e não a família formada por pessoas do mesmo sexo e que a analogia não deverá ser usada já que está bem definida na Constituição. Cabe ressaltar, que a democracia

está pautada em princípios de governo voltados para a maioria ao lado da manutenção e respeito aos direitos individuais e das minorias. Mesmo que seja respeitada a vontade da maioria, os sistemas democráticos buscam assegurar os direitos fundamentais tanto dos indivíduos, quanto das minorias.

O art 226 da CF/88, estabelece que a família é a base da sociedade e tem proteção do Estado. A Constituição admitiu expressamente que a família se forma, também, a partir do momento em que duas pessoas se unem amorosamente com o intuito de uma comunhão de vida e interesses de forma pública, contínua e duradoura (união estável), assim como pela família monoparental, o que determinou uma grande mudança de paradigmas no Direito de Família.

Baseando nos princípios constitucionais, o STF no dia 05 de maio de 2011, julgou a ADIn 4277, reconhecendo assim uma quarta forma de entidade familiar: as originárias do casamento, a formada pela união estável, a entidade familiar monoparental e a decorrente da união homoafetiva.

Na sua decisão Ayres Brito registrou “que o silêncio da Constituição sobre o tema é intencional. Tudo que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido. A ausência de lei não é ausência de direito, até porque o direito é maior do que a lei”⁴.

Com esta decisão as uniões estáveis homoafetiva passam a ser expressamente tuteladas pelo Estado e a gozar de todos os direitos a ela conferidos. Partindo do pressuposto de que o as uniões homoafetivas tem o *status* de união estável reconhecida pelo Estado juntamente com os princípios Constitucionais é que se iniciaram os pedidos de casamento nas relações homoafetivas.

O art 226,§3 do Código Civil de 2002 é bem taxativo quando diz “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”. Desta forma é possível através da analogia reconhecer a legalidade da conversão da união estável em casamento, motivo pelo qual, a união estável homoafetiva é reconhecida como entidade familiar e inclusive promover a sua facilitação conforme determina a regulação jurídica.

O que de fato é preciso analisar, não seria mais os gêneros de quem esta solicitando esta conversão e sim se essas uniões apresentam de forma clara e convincente que os autores da ação mantêm uma união estável homoafetiva de forma duradoura, pública e contínua, como se casados fossem.

⁴ Trecho retirado do voto do ministro disponível no sítio indicado na nota 1.

3.3 Ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal pleiteando o reconhecimento do casamento civil homoafetivo

Em 18 de janeiro de 2005, o Procurador Geral da República Dr. João Gilberto Gonçalves Filho, ingressou com uma ação pública requerendo o reconhecimento do casamento homoafetivo perante o ordenamento jurídico brasileiro. O processo de número 2005.61.18.000028-6 está em trâmite perante a Justiça Federal da Comarca de Guaratinguetá.

Em síntese, a ação proposta parte da premissa de que o Estado Brasileiro não pode discriminar pessoas em razão da sua orientação sexual, sendo que este conhecimento é deduzido a partir do princípio da dignidade humana.

Outro ponto importante na ação é quando o procurador afirma que um Estado Democrático de Direito, que garante a inviolabilidade da vida privada, art 5, X, CF/88, não teria o direito de querer controlar o comportamento íntimos das pessoas, disponibilizando tratamento diferenciado, apenas em virtude da opção sexual que escolheram para sua vida.

Expõe que o casamento civil homoafetivo é um preceito cultural, no sentido de que a proibição é dada como certa pelo simples fato de ninguém questioná-la.

O procurador afirma que os arts 1517 e 1565 do CC/02 e o art 226,§3 e 5 da CF/02 devem ser analisados de forma sistemática juntos com dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, visto que eles não determinam a proibição sobre o casamento civil homoafetivo, a cargo ser isso consequência da interpretação sistemática desses dispositivos como o princípio da dignidade humana e da isonomia constitucionalmente sancionados.

Destacar-se que na Constituição Federal em seu preâmbulo que serve para orientar interpretação de todos os seus dispositivos, ressalta o que o Estado Brasileiro reserva-se a assegurar segurança, bem estar, desenvolvimento, igualdade, desenvolvimento e a justiça como valores maiores de uma sociedade pluralista e sem preconceitos, o que não vem acontecendo em relação às relações homoafetivas, em especial ao casamento civil homoafetivo.

Afirma que o Estado Brasileiro fere a isonomia quando proíbe os casamentos entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que trata os homossexuais de forma diferente, sem que o critério da discriminação esteja baseado numa razão lógica. Vivemos em um Estado de Direito que preza pela liberdade individual.

Ressalta que a homossexualidade não se contrapõe a ideia de família, que deve ser acima de tudo a ideia de cooperação, respeito e harmonia.

“É indispensável reconhecer que a sexualidade integra a própria condição humana, pois “ninguém pode realizar-se como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual” (DIAS, 2004, p. 32).

Aduz que se a República Federativa do Brasil tem o objetivo à formação de uma sociedade livre, justa e solidária, não pode reprimir as pessoas de escolher seus parceiros sexuais. Solidariedade quer dizer dá apoio as escolhas individuais, onde qualquer pessoa buscará sua felicidade da melhor forma que lhe convier, desde que não atrapalhando os direitos coletivos, o que não é o caso do casamento homoafetivo.

Como se vê nesta ação o Procurador da República, afirma que a proibição do casamento homoafetivo representa afronta ao princípio da isonomia e da dignidade humana consagrados na Constituição Federal. Ele faz requerimento para que a União obrigue todos os Estados e Distrito Federal a celebrarem o casamento civil homoafetivo, baseados na igualdade entre todos.

Gonçalves Filho utilizou de termo como homossexualidade e a posição da homossexualidade como uma opção do indivíduo.

Apesar de colocar o autor da ação a homossexualidade como uma “opção” do indivíduo, o que é um equívoco, sua proposição jurídica é igualmente válida. Isso porque, sendo característica em debate uma opção ou algo inerente ao indivíduo, não pode o Estado discriminar as pessoas detentoras de dita característica sem fundamento lógico-reacional que justifique essa diferenciação com base no critério desigualador erigido, fundamento este que deve ainda estar de acordo com o ordenamento constitucional pátrio, sob pena de afronta aos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana (VECCHIATTI, 2008, p.293).

Entre os pedidos da ação, o autor solicita a tutela antecipada, que possibilita a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, com a finalidade de possibilitar o casamento civil homoafetivo até o trânsito em julgado da ação. Segundo art 273 do Código de Processo Civil Brasileiro, a tutela antecipada só poderá ser concedida:

“Existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: **I** - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou **II** - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” .

Com relação à verossimilhança, ela existe ante os termos da isonomia e da dignidade da pessoa humana e o juiz da ação não foi contrária a essa posição, porém, no *periculum in mora*, não foi reconhecida pelo magistrado. Ele entendeu que esse tipo de decisão deverá ser deferido definitivamente para ser resguardada a ordem social e a segurança jurídica. Por maior que seja a verossimilhança o *periculum in mora* não se configura, porque não haverá um prejuízo a situação, o que ocorrerá é que a situação continuará na mesma.

Sem entrar no mérito da negativa da antecipação de tutela, só restam esperar para ver o julgamento da ação, ler sua sentença e eventuais acórdãos dos Tribunais e aí observaremos se existiu a utilização da aplicação dos princípios constitucionais ou se continuarão a negar a possibilidade de casamento civil para as uniões homoafetivas⁵.

3.4 Sentença Pernambucana afirmando ser o casamento aplicável aos casais Homoafetivos

O primeiro reconhecimento do pedido de conversão da união estável em casamento homoafetivo no Brasil foi reconhecido em 27 de junho de 2011, na cidade de Jacaré- SP.

Em Pernambuco esse reconhecimento ocorreu em 02 de agosto de 2011, na comarca de Recife e foi deferido pelo Juiz de Direito da 1 Vara de família Dr. Clécio Bezerra da Silva.

Buscando aprofundamento da atual pesquisa, serão analisados pontos determinantes nesta decisão, para que seja possível entender a fundamentação utilizada do posicionamento sobre a questão.

Os autores da ação relatam que mantêm união estável desde 10 de outubro de 1998, conforme sentença homologatória de escritura de convivência afetiva e solicitam que os direitos previsto no art 226 da Constituição Federal, baseando-se nos fundamentos dos princípios constitucionais do respeito a dignidade humana e isonomia sejam reconhecidos.

Afirmam que na busca pela segurança jurídica da relação, constituíram em 10 de dezembro de 2010, casamento na cidade de Lisboa, Portugal, pois na época no Brasil não

⁵ A Ação Civil Pública, promovida em 18 de janeiro de 2005, de n 2005.61.18.000028-6 ainda encontra-se em fase de expedição de carta precatória para os Estados e Distrito Federal. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais> . Acesso em 20 de abril de 2012.

existia a legalidade do ato, porém, discorrem que o presente ato não foi legalizado por autoridade consular brasileira.

Os requerentes impetraram a ação pedindo a conversão da união estável em casamento, fundamentados na decisão do Supremo Tribunal Federal, que em 05 de maio de 2011 entendeu ser aplicável a união homoafetiva os efeitos da união estável, o que possibilitaria este pedido. Além disso, elegeram o regime de comunhão universal de bens e solicitaram a dispensa da publicação do edital de habilitação, se baseando no art 1.527 do Código Civil. O pedido foi instruído por duas testemunhas.

O pedido foi enviado ao Ministério Público ao qual deu parecer favorável ao pedido.

Findando este breve histórico o juiz passa a relatar sobre as questões expostas:

No tocante ao casamento realizado em Portugal, na data de 10 de dezembro de 2010 (fls. 17), é imperioso destacar que ele não está apto a produzir efeitos no Brasil, posto que até a presente data o ordenamento jurídico pátrio não contempla o casamento de pessoas do mesmo sexo, não sendo possível o seu registro no país Disponível em <[http: http://www.conjur.com.br/2011-ago-03/juiz-pernambuco-converte-uniao-homoafetiva-casamento](http://www.conjur.com.br/2011-ago-03/juiz-pernambuco-converte-uniao-homoafetiva-casamento)>acesso em 07 de maio de 2012.

Este posicionamento foi juntado à decisão do Supremo Tribunal de Federal que diz:

Competente a autoridade que prolatou a sentença, citada regularmente a parte e transitado em julgado o decísum homologando, acolhe-se o pedido, por atendidos os requisitos indispensáveis à homologação da sentença estrangeira que não ofende a soberania ou a ordem pública.

A existência do casamento realizado no exterior independe do traslado do assento respectivo no registro civil brasileiro, exigido apenas quando se pretende que produza efeitos no país (Lei dos Registros Públicos, artigo 32).

O Decreto nº 3.598, de 12 de setembro de 2000, em seu artigo 23, dispensa de consularização ou de qualquer formalidade os documentos públicos franceses quando tenham de ser apresentados no território brasileiro. Disponível em <[http: http://www.conjur.com.br/2011-ago-03/juiz-pernambuco-converte-uniao-homoafetiva-casamento](http://www.conjur.com.br/2011-ago-03/juiz-pernambuco-converte-uniao-homoafetiva-casamento)>acesso em 07 de maio de 2012

Então, o juiz da ação declara que a celebração de casamento ocorrida em Portugal não é válida no Brasil, porém, percebe-se que esta afastada qualquer irregularidade para que exista a conversão, pois os autores são as mesmas pessoas a contraírem o matrimônio em Portugal, não existindo assim a bigamia.

Sobre o pedido de dispensa de habilitação do edital de proclamas com fundamento no art 1.527 e 1726 do Código Civil de 2002.

O edital de proclamas tem o objetivo de dá publicidade ao procedimento, contudo, existem algumas situações que podem existir a dispensa deste ato. Sobre a matéria, o magistrado traz as palavras de Judson Mendonça Rezende:

“[...] Ainda existem outras hipóteses em que a excepcionalidade é o critério dominante. Será possível, portanto, em virtude da singularidade do fato ocorrido, além da supressão do prazo para a publicação dos proclamas do casamento, a permissão para a imediata realização do matrimônio. Dentre estas situações excepcionais, trataremos primeiramente sobre a união estável. a) A entidade familiar descrita em lei como a união estável, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, que tenha sido estabelecida com o fito em constituir família, tem assegurada a sua conversão em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. Logo, sendo a relação em sua essência, pública, não tem que se falar em prazo para publicação de proclamas de casamento [...]”Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-03/juiz-pernambuco-converte-uniao-homoafetiva-casamento>>acesso em 07 de maio de 2012.

Com esta fundamentação e baseado na prévia existência da união estável, em que os requerentes provam que mantém união estável desde 1998, o juiz defere o pedido de dispensa de proclamas do casamento, pois entende que decorrido mais de 12 anos de união já está satisfeito o requisito da publicidade.

Passadas as questões do processo de habilitação e não havendo outra questão processual a ser analisada, iremos adentrar na questão nuclear do pedido e objeto maior de estudo da pesquisa, a conversão da união estável em casamento.

Já legitimada por força de sentença a existência da união estável entre os requerentes, pois estes mantêm há mais de 12 anos uma relação afetiva de forma pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir de família, vem os mesmo solicitar os efeitos desta entidade familiar, no intuito de contraírem o casamento, conforme a possibilidade esta expressa em lei.

Aduz o juiz sobre a questão nuclear do processo:

Firmando minha convicção, começo por aclarar que o caso revelado pelos meandros destes autos, transcende a uma simples questão de usurpação principiológica da dignidade da pessoa humana e da cidadania (art. 1º, II e III, CF/88), e dos direitos fundamentais à igualdade (art. 5º, caput e I, CF/88), liberdade, intimidade (art. 5º, X, CF/88) e proibição de discriminação (art. 3º, IV, CF/88). Resvala, numa luminosa evidência, na matriz estruturante do Estado Republicano de Direito: a democracia. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-03/juiz-pernambuco-converte-uniao-homoafetiva-casamento>>acesso em 07 de maio de 2012

No Estado Democrático de direito todos devem ter controles limitados. Ele impõe que todas as pessoas respeitem a lei maior, no nosso caso a Constituição Federal. Este estado descreve na sua própria constituição temas de importante relevância a serem analisados e seguidos, como a soberania, livre iniciativa, pluralismo político, dignidade humana, cidadania e etc.

Na sentença, o juiz comenta a abordagem dizendo:

[...] numa sociedade democrática, na qual o pluralismo e a convivência harmônica dos contrários devem subsistir, não há espaço para prevalência de normas jurídicas que conduzam à interpretações polissêmicas e/ou excludentes dos direitos de minorias, como se dá no bojo das normas que restringem a legitimação estatal às relações puramente heteroafetivas. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-03/juiz-pernambuco-converte-uniao-homoafetiva-casamento>>acesso em 07 de maio de 2012

E que essa discriminação está sendo operada nos dispositivos transcritos abaixo:

Art. 226 CF “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” [...] § 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. [...] Art. 1.723 CC “preconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura com objetivo de constituição de família” Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-03/juiz-pernambuco-converte-uniao-homoafetiva-casamento>>acesso em 07 de maio de 2012

O entendimento rigoroso, conforme a letra da lei deste texto faz com que exista uma discriminação com os casais homoafetivos e acabe com o objetivo da democracia. Não se admite nos dias atuais, por motivos insignificantes e discriminatórios, negar direitos a uma minoria de cidadãos.

O Estado democrático de Direito busca garantir a sociedade a plenitude dos seus direitos e garantias fundamentais e reduzir a existência de abusos e desvio de poder, o que acontece quando garantimos para uns um determinado tipo de direito e excluimos outros de possuir estas mesmas garantias.

Motivado pelo entendimento do Estado de Democrático de Direito, o magistrado afirma:

Há de ser entendida a importância da existência de um Estado laico ou não-confessional, como se consolidou no Brasil com a da separação do Estado e da Igreja, desde o advento da República (Decreto nº 119-A, de 17/01/1890), haja vista que esta é uma premissa básica no acolhimento de todos os segmentos que compõem a sociedade brasileira na construção de “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social” – como preconiza o preâmbulo da nossa Lei Maior. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-03/juiz-pernambuco-converte-uniao-homoafetiva-casamento>>acesso em 07 de maio de 2012

Estimular o oposto é não querer enxergar os conceitos constitucionais e seus efeitos no âmbito da moral, da cultura, ética e até mesmo do próprio Direito.

Os princípios Constitucionais como a isonomia, dignidade humana, proporcionalidade entre outros, servem para fundamentar a ordem jurídica em que se inserem, eles constituem a base de onde de origina a validade intrínseca do conteúdo das normas. Cada vez que o magistrado tentar tornar a utilização dos princípios mais eficazes, mas legitimidade terá sua decisão.

Os conceitos constitucionais, em suas diferentes categorizações, foram encampados pela Carta Maior para que a nação brasileira possa caminhar, mais resoluta e facilmente, em direção a si mesma, de tempos em tempos, assinando o mais eloquente atestado de evolução democrática ao alcançar o status de uma civilização avançada, na qual preconceitos ancestrais, vertidos às minorias, dentre as quais se incluem os cidadãos homoafetivos, sejam combatidos e extirpados do seio social. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-03/juiz-pernambuco-converte-uniao-homoafetiva-casamento>>acesso em 07 de maio de 2012

Nesta linha de posicionamento, o magistrado ao analisar o pedido, percebe a busca dos autores em mudar de uma sociedade conjugal precária para um vínculo civil com intuito de obter a tutela do estado para sua nova entidade familiar e que ela possa se tornar legítima ao ordenamento jurídico atual e assim garantir todos os seus direitos como cidadãos.

Estar-se a lidar, nos presentes autos e, principalmente, fora dele, com uma marcha social, vultosa e compassada, que urge por um denso processo de revisão do arcabouço jurídico brasileiro, com vista a garantir o direito personalíssimo à livre orientação sexual e à proclamação da legitimação ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-03/juiz-pernambuco-converte-uniao-homoafetiva-casamento>>acesso em 07 de maio de 2012

O mundo está vivendo um momento de grandes transformações e as pessoas não querem mais ficar alheias aos fatos sociais. Essas mudanças estão sendo explícitas por pessoas dignas que não suportaram mais viver escondidas e sem a proteção do estado, pois devido ao preconceito da sociedade não se achavam dignas nem iguais para fazer parte dela por que não estavam sujeitos as suas regras.

Atualmente a busca é pela felicidade, pela vida repleta de afeto e amor, então, não há de que viver sem possuir sua liberdade, seja ela de ir e vir ou da sua opção sexual.

É indispensável reconhecer que a sexualidade integra a própria condição humana, pois “ninguém pode realizar-se como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual” (DIAS, 2004, p. 32).

Diante dessas circunstâncias, o Poder Judiciário, que tem a função de ser o interprete da Lei, tem que está observando os fatos sociais, para que eles possam aplicar o ato normativo de acordo com o tempo dos acontecimentos, da realidade social.

Na mesma linha de pensamento evolutista, o juiz da ação declara:

Ao revés das incompreensíveis resistências sociais e institucionais, que se fundam em dogmatismos ultrapassados, me perfilo ao entendimento de que, qualquer dispositivo de lei que venha a constituir embaraço à plena fruição dos direitos fundamentais dos cidadãos, deva ser abolido do sistema jurídico vigente, por intermédio de um acurado procedimento hermenêutico, ou seja, através de uma interpretação pluralista e aberta dos dispositivos constitucionais que guardem correspondência com os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-03/juiz-pernambuco-converte-uniao-homoafetiva-casamento>>acesso em 07 de maio de 2012

Após este momento, o juiz irá partiu para o desenvolvimento hermenêutico, no qual se utilizará de formas interpretativas na análise da validade e alcance dos dispositivos inseridos no plano infraconstitucional, que rotineiramente se configuram como normas de caráter procedimental, tendentes a vir a ser efetivo o exercício dos direitos constitucionais protegidos.

O ponto inicial do magistrado foi a análise do art 226,§3 da Constituição Federal que normatiza união estável e que tem interferência nas relações homoafetivas:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...). § 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.

Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-03/juiz-pernambuco-converte-uniao-homoafetiva-casamento>>acesso em 07 de maio de 2012

O juiz declara que este artigo deverá sofrer uma interpretação abrangente, a luz do próprio caput, pois prestigia a proteção a família e principalmente ao princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF/88), conforme aconselha a melhor hermenêutica constitucional, pluralista e procedimental aberta.

O conceito de família foi pela Constituição de 1988, reconhecendo a união estável como entidade familiar, podendo este ser convertido em casamento.

É possível ver que a partir desta normatização o legislador ampliou o conceito de entidade familiar e que o objetivo foi privilegiar a família sócio-afetiva à luz da dignidade da pessoa humana. Foi dado espaço a um novo sistema onde o laço que se norteia as relações humanas é o afeto.

Aduz o juiz que decorridos mais de 20 anos da promulgação do texto constitucional, parece impreterível que seja inserida a nova configuração de família composta por pessoas do mesmo sexo, pois a mesma também se funda nos embasamentos da afetividade.

O magistrado vai além quando expressa na sua sentença que o Estado tem que ir além do reconhecimento dessa união. É preciso uma maior segurança jurídica que teria que normatizar também os direitos patrimoniais, previdenciários, sucessórios, de procriação, adoção, etc.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Dr. Clécio Bezerra da Silva expõe:

Nessa mesma toada de inteligência, o artigo 1.723 e 1.726 do Código Civil devem ser interpretados de forma arqueável, a fim de trazer maior robustez à pretensão dos homoafetivos em ver suas vidas e relações familiares albergadas e reguladas pelas mesmas normas aplicáveis aos seus pares sociais, sem distinção ou discriminação de qualquer espécie. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-03/juiz-pernambuco-converte-uniao-homoafetiva-casamento>>acesso em 07 de maio de 2012

Só deste modo é que estaremos positivando e concretizando os direitos fundamentais, cuja a defesa não vem sendo aplicada aos casais homoafetivos.

Sob esta visão o magistrado traz a decisão do Supremo Tribunal Federal que pela primeira vez apreciou o mérito da controvérsia e consectários jurídicos que orbitam em torno da questão da união entre pessoas do mesmo sexo, analisando a (ADPF) nº 132, proposta pelo

Governo do Estado do Rio de Janeiro, convertida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, proposta pela Procuradoria Geral da República.

A ação citada tinha como objetivo o reconhecimento de direito aos servidores públicos homoafetivos em equiparação as uniões heterossexuais no Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro.

Após a análise do mérito, com a interpretação constitucional do art 1.723 do Código Civil, os ministros do STF decidiram por unanimidade:

Excluir qualquer 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”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”, nos termos do voto do Ministro Relator Ayres Britto. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-03/juiz-pernambuco-converte-uniao-homoafetiva-casamento>>acesso em 07 de maio de 2012

Essa apreciação foi apontada como o grande avanço sobre a temática no Brasil, tendo em vista que sua natureza é de eficácia erga omnes e de caráter vinculante.

Podemos analisar que esta decisão abrange dois sentidos: o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo e direitos e deveres das pessoas que fazem a opção pela união estável homoafetiva, inserido nestes o direito de converter sua união estável em casamento.

O juiz relata que após esta decisão, surgiram vários pedidos de conversão de união estável em casamento e posteriormente até pedido de habilitação direta ao casamento.

Após todas essas fundamentações, o magistrado responsável pelo julgamento da ação de conversão solicitada pelos autores decide:

O Supremo Tribunal Federal, em decisão com eficácia erga omnes e efeito vinculante, instituiu uma nova entidade familiar - a união homoafetiva - equiparando-a à união estável. Ora, a Constituição Federal determina que seja facilitada a conversão de união estável em casamento. Logo, a união homoafetiva também deve ter facilitada a sua conversão em casamento. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-03/juiz-pernambuco-converte-uniao-homoafetiva-casamento>>acesso em 07 de maio de 2012

Continua seu texto sentencial dizendo que os requerentes fundaram seu pedido nas normas vigentes inseridas nos art 226, art. 226, § 3º, parte final, da Constituição Federal cumulada com os artigos 1.723 e 1.726 do Código Civil, e no novo entendimento apoiado

pela Corte Suprema de nosso país, percorrendo a perfeita conduta para seu objetivo, contraírem o casamento.

Afirma que os autores apresentaram todas as documentações necessárias para habilitação, determinou o regime de bens que gostariam de utilizar ao longo da sua relação e que pretende manter os nomes de solteiros após a celebração, o que foi convalidado pelo juízo.

Antes da declaração final, o jurista faz uma síntese do embasamento jurídico utilizado para resolução da sua sentença:

Conforme fortemente repisado no presente corpo sentencial, a aludida pretensão encontra fundamentação: no Preâmbulo Constitucional; nos Princípios da República (art. 1º, II e III); nos Direitos e Garantias Fundamentais, quais sejam, a igualdade (art. 5º, caput I), liberdade, intimidade (art. 5º, X) e proibição da discriminação (art. 3º, IV); no artigo 226, §§ 1º, 3º, 4º, 5º e 6º, todos, da Constituição da República; na Decisão do STF na ADI 4277 e na ADPF 132, acolhida como ADI e, por fim, na Resolução do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, destinada a promover a igualdade dos seres humanos, sem distinção de perfil sexual, em 17/06/2011, da qual o Brasil é signatário. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-03/juiz-pernambuco-converte-uniao-homoafetiva-casamento>>acesso em 07 de maio de 2012

Finaliza seu texto com a conclusão da sentença que declara convertida a união estável existente em casamento:

À vista do exposto, presente a possibilidade jurídica do pedido (ADI 4277 e ADPF 132), observada a ausência de impedimento para contrair casamento, a livre manifestação das partes e os requisitos exigidos pelo art. 70 da Lei nº 6.015/73 e, ainda, a sentença que reconheceu a união estável mantida pelos requerentes, **DECLARO CONVERTIDA EM CASAMENTO A UNIÃO ESTÁVEL EXISTENTE ENTRE ADALBERTO MENDES PINTO VIEIRA E RICARDO MOREIRA DE CASTRO COELHO**, pelo regime da comunhão universal de bens, acolhendo-se o inteiro teor do que já fora anteriormente homologado judicialmente, dispensando-se, pois, o pacto antenupcial. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-03/juiz-pernambuco-converte-uniao-homoafetiva-casamento>>acesso em 07 de maio de 2012

É perceptível que os fatos sociais vêm influenciando as decisões de magistrados que possuem uma visão mais realistas. Portanto, muitas outras mudanças estão por vir e outros direitos terão que ser garantidos, seja através das leis expressas ou pelas decisões do Poder Judiciário, pois toda forma de degradação da pessoa humana é injusta e toda injustiça é digna de reparação.

CONCLUSÃO

A pesquisa aborda um debate polêmico entre doutrinadores, magistrados e legisladores sobre a conversão da união estável em casamento.

A inexistência de dispositivo legal que regule a união de pessoas do mesmo sexo, os preconceitos religiosos e a discriminação por uma grande parte da sociedade, faz com que exista um comportamento desrespeitoso e inaceitável da sociedade com os casais homoafetivos.

Mesmo estando diante de uma omissão legal, o ordenamento jurídico brasileiro permite solucionar essas questões, pois é possível utilizar o método hermenêutico interpretativo que torna possível abranger o alcance da norma constitucional de forma que possa atingir o verdadeiro objetivo da lei, a tutela de todos.

Os princípios norteadores da Constituição Federal são relativos à igualdade, liberdade, proporcionalidade, dignidade humana, então é necessária que a legislação acompanhe os fatos sociais.

Foi decisivo para o avanço desta questão, o reconhecimento da equiparação da união estável à união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal no dia 05 de maio de 2011, pois garantiu segurança jurídica as relações informais que não possuíam proteção á família.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz uma conceituação de família abstrata no seu art 226, não se limitou somente ao casamento, o que pode ser demonstrado que não se tratou de uma cláusula geral de inclusão, o que também não permitiu a exclusão discriminatória no que diz respeito às entidades familiares.

Baseado nessa analogia é possível suprimir as injustiças consequentes da não existência de lei específica, pois não existe qualquer impedimento determinado pelo legislador quanto ao reconhecimento do casamento homoafetivo como entidade familiar, assim, as uniões existentes entre pessoas do mesmo sexo ser reconhecidas como entidade familiar,

Os princípios constitucionais são nomeados como cláusulas pétreas, pois a Constituição é um conjunto de princípios e regras, por isso a jurisprudência e a norma devem se moldar as normas constitucionais.

É visível que constantemente esses direitos são negados aos casais homoafetivos, através da violação dos princípios da isonomia (quando não trata com igualdade as relações homoafetivas e heteroafetivas), a dignidade humana (quando impossibilita as pessoas homossexuais de buscarem formar suas famílias, sua felicidade, sua realização social) e até

mesmo o da liberdade, pois impede o ser humano de poder escolher livremente sua opção sexual, gerando assim a falta de segurança jurídica, pois estes não são reconhecidos como entidades familiares.

Observa-se a necessidade do reconhecimento pelo Estado da família derivada de relacionamentos homoafetivos, sob a penalidade de infringência dos princípios relacionados acima.

Então, não é possível deixar de ter como discriminatória a diferença de tratamento disponibilizada por parte de alguns Tribunais às uniões homoafetivas que ainda insistem em não reconhecê-las como entidade familiar.

O reconhecimento da diversidade de entidades familiares pelo Estado Democrático de Direito na Constituição Federal tem como base o afeto que une as pessoas, sem distinção da sua opção sexual, nem possibilidade de procriação.

A família como alicerce da sociedade é importante para o desenvolvimento humano e o não reconhecimento das relações homoafetivas impede que determinada parcela da sociedade de pessoas obtenham sua felicidade.

Observado que o casamento homoafetivo é um direito possível no ordenamento jurídico brasileiro, porque além de não existir dispositivo legal proibindo a união (art 4 LICC e art 126 CC/02), é permitida uma interpretação sistemática do Direito, visto ser uma união de amor, formada por pessoas, impondo tratamentos jurídicos iguais de acordo com os princípios constitucionais citados acima.

As uniões homoafetivas são realidades no mundo e nossos legisladores e juristas não podem fechar os olhos para estes acontecimentos sociais. Em alguns casos, vários juízes sem preconceitos já facilitaram a conversão da união estável em casamento baseados nos fundamentos acima mencionados, como o caso decidido da 1 Vara de Família de Recife, em que foi deferido o pedido dos requerentes, autorizando em 02 de agosto de 2011 a conversão de união estável homoafetiva no primeiro casamento homoafetivo do Estado de Pernambuco.

Deve ser entendido que as uniões homoafetivas são iguais às uniões heteroafetivas e que a elas devem ser aplicada uma interpretação extensiva do art 1.514 CC/02, pois as duas uniões, segundo Lôbo (2008, p.304), “são fundadas no amor romântico que visa a comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, sentimento este que é o elemento fundados da família contemporânea”.

REFERENCIAS

BAPTISTA, Silvio Neves. União estável de pessoa casada. In: DELGADO, Mario Luis; ALVES, Jones Figuerêdo (coords.). **Questões controversas no direito de família e das sucessões**. São Paulo: Método, 2005.

BRASIL. **Lei Nº 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, 1975 (Suplemento) (republicada).

BRASIL. **Lei Nº 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2009.

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

_____. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **União homossexual – o preconceito e a justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

_____. Direito à diferença. **Revista Jurídica Areópago da Faculdade Unifaimi**, Ano I. 3ª Ed. São Paulo: Unifaimi, 2008.

Diniz, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5. ed. v. 5, Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 1989.

FACHIN, Luiz Edson. Inovação e tradição do Direito de família contemporâneo sob o novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, n. 27, 2004, p. 2-32.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PERNAMBUCO. 1ª Vara de Família e Registro Civil da Comarca do Recife. Processo de habilitação de casamento. Relator: Juíz Clicério Bezerra e Silva. Sentença, 02 ago. 2011.

SCAPPINI, Maria Clara Andrade. **União Homossexual**: A Necessidade de Reconhecimento pelo Direito de Família. 2005. 83 f. Monografia (Bacharelado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade** – da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Editora Método, 2008