



UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO CIVIL ENTRE CASAIS HOMOAFETIVOS

Camila Pina Brito¹

Marcelo Sena do Nascimento²

Resumo: O presente trabalho discute o casamento civil homoafetivo a fim de demonstrar a inexistência de óbice legal e motivo lógico-racional que justifique o seu impedimento. Realiza uma retrospectiva sócio-jurídica da família, perpassando pelas famílias elencadas por Friedrich Engels. Caracteriza os modelos familiares presentes na sociedade. Expõe os princípios constitucionais norteadores do direito das famílias, diferencia casamento e união estável. Apresenta os tratamentos dispensados aos casais homoafetivos ao longo da história, desde a tolerância, valorização, criminalização, invisibilidade, equiparação à sociedade de fato, reconhecimento como entidade familiar para, por fim, concluir pela possibilidade jurídica do casamento civil para tal grupo, cujo impedimento é um claro reflexo da homofobia que permeia a sociedade.

Palavras-chave: casamento civil homoafetivo, família, princípios constitucionais, união estável.

1 INTRODUÇÃO

O amor entre pessoas do mesmo sexo tem sido visto de maneira diferente em função do tempo e do lugar, mas jamais deixou de ser alvo de discussão. O Brasil, até então, tem se negado a tratar com igualdade os seus cidadãos, ainda que este seja um princípio preconizado constitucionalmente. O que mais assombra é o fato de inexistir fundamentação lógico-racional para que, em razão da orientação sexual, o direito de um ser humano seja diminuído.

O entendimento do casamento como meio de procriação, que durante tanto tempo “justificou” o impedimento ao casamento entre pessoas do mesmo sexo já está superado. Hoje o elemento formador do casamento é o “Amor Familiar”, o STF assim reconheceu em 06 de maio de 2011.

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz. milla_mpb@hotmail.com.

² Acadêmico do curso de bacharelado em Ciências Biológicas na Universidade Estadual de Santa Cruz. biomarcelosena@gmail.com.

Com o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união homoafetiva como união estável constitucionalmente protegida, quase foi alcançada a isonomia de direitos entre casais homoafetivos em relação a casais heteroafetivos.

Diante da inexistência de justificativa legal para que se negue o direito aos casais homoafetivos de consagrarem sua união pelo casamento civil, iniciou-se uma discussão acerca da sua possibilidade jurídica, seja por meio da conversão de união em casamento determinada pelo artigo 226 §3º; seja pela habilitação direta por ausência de óbice legal.

Entretanto, tem havido resistência em estender o direito de casar-se aos homoafetivos, em séria afronta aos preceitos constitucionais. Como é possível determinar que o amor de alguns tem menos valor do que o de outros, e portanto, não é digno de igual tratamento jurídico?

Com o intuito de discutir acerca da possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo, em consonância com as normas da Carta Magna, será realizado o presente estudo, que terá a seguinte configuração: iniciará com uma retrospectiva histórica da família, fará uma abordagem jurídica do direito da família. Exibirá as configurações familiares presentes na atualidade; apresentará os princípios constitucionais que norteiam o direito das famílias para demonstrar que obstar o casamento civil homoafetivo viola cada um dos valores. Diferenciará os institutos da união estável do casamento civil quanto aos seus efeitos. Será exposta a evolução do direito homoafetivo, perpassando pelos diversos tratamentos dispensados à homossexualidade para, por fim, defender o casamento civil como um direito dos casais homoafetivos. Para tanto, realizamos uma pesquisa bibliográfica em variadas fontes como, periódicos, livros, sítios e outros artigos que estarão expostos através de citações diretas, indiretas, comentários, entre outros.

2 FAMÍLIA: HISTÓRICO E CONCEITO

2.1 Origem da família

Família é a designação utilizada para representar uma unidade social presente no modelo organizacional de distintas sociedades, balizada por regras de condutas diversas, que apresentam diferenças relacionadas às especificidades culturais de cada povo e é comumente determinada através dos laços estabelecidos por meio de uma ancestralidade compartilhada ou pela contração do matrimônio. Segundo LOBO (2009, p. 3) “para o

Direito, família consiste na organização social formada a partir de laços sanguíneos, jurídicos ou afetivos.”.

O filósofo Friedrich Engels, com base nas pesquisas de Morgan, defende a existência de uma sociedade primitiva na qual não vigorava um exemplo de conduta previamente estabelecido acerca de suas relações sexuais a ser seguido como regra. Engels reafirma a idéia de muitos outros pesquisadores sobre a existência de um momento histórico no qual as relações sexuais não sofriam limitações e podiam se desenvolver sem preocupação com as relações de parentesco e esclarece ainda que o conceito de incesto da época não correspondia ao atual. (ENGELS, 2010)

Lévi-Strauss, por outro lado, apresenta uma linha de pensamento considerada uma tendência transformadora no discurso antropológico, que defende, baseando-se em estudos de povos de origem antiga que teriam conseguido manter ao longo do tempo suas marcas culturais, a hipótese de que o relacionamento monogâmico e a estrutura familiar como modelo de organização estão presentes desde os tempos primitivos nas sociedades humanas, sendo praticado, mesmo que minoritariamente, em todos os períodos.

O primeiro modelo familiar que se tem de fato registro é o da família consanguínea, em que os grupos conjugais classificavam-se com base em gerações: todos os avós e avôs eram casados entre si, assim como os pais e as mães e os filhos e as filhas. O único óbice observado era entre ascendentes e descendentes.

A família punaluana, como é denominada por MORGAN (1877 *apud* ENGELS, 2010, p. 57), encontrada ainda hoje no Havaí, configura-se da seguinte forma: irmãs carnais ou mais afastadas eram esposas comuns de maridos comuns, excluindo-se, tão somente seus irmãos, tais quais os irmãos uterinos e os menos próximos que se casavam coletivamente com esposas comuns. A descendência, bem como as relações de herança, são estabelecidas pela linhagem feminina.

A família sindiásmica é o modelo em que o homem era casado com uma mulher, mas possuía o direito de exercer infidelidade ocasional e até mesmo a poligamia, sendo esta última mais incomum por razões econômicas. Contudo, a fidelidade era rigorosamente cobrada das mulheres, sendo estas cruelmente punidas quando descobertas em atos de infidelidade.

O crescimento da riqueza promoveu o homem a uma posição hierarquicamente superior em relação à mulher, e com isso a necessidade de alteração da linhagem adotada para estabelecimento de herança, momento em que o direito materno foi

substituído pela filiação masculina e conseqüente instituição do direito hereditário paterno, mantendo a organização das famílias vigentes, com alterações para os descendentes, que passavam a adotar o nome, pertencer a genes e ser herdeiro dos seus respectivos pais.

A formação da família patriarcal ocasionada pela instauração da propriedade privada assinalou o fim do matrimônio sindiásmico e o surgimento da monogamia, em que a fidelidade da mulher garantiria a certeza da paternidade dos filhos.

Apresentada a evolução da família até atingir a atual configuração, solidificada na monogamia, urge apresentar, como esta se desenvolveu no sistema jurídico pátrio.

2.2 Do Direito das famílias

A regulamentação da família do século passado pautava-se no Código Civil de 1916, onde esta se formava tão somente através do matrimônio. Nesse Código, as pessoas que se uniam sem vínculo matrimonial e os filhos oriundos dessa relação eram mencionados com o intento de excluir direitos, sob a justificativa de manutenção da família através da preservação do casamento.

A Constituição Federal de 1988 através de um único dispositivo, o artigo 226, garantiu a igualdade entre homens e mulheres, casamento e união estável, filhos havidos dentro e fora do casamento, ou por adoção, e ampliou o conceito de família; utilizando as palavras de VELOSO (APUD DIAS, 2010, p. 30-1), “espancou séculos de hipocrisia e preconceito”.

O Código Civil de 2002 não pode ser entendido como um novo código, “é um código antigo com um novo texto. Tenta, sem muito sucesso, afeiçãoar-se às profundas alterações por que passou a família do século XX”. (DIAS, 2010, p. 32)

Os grandes avanços promovidos por esse Código foi o sepultamento de conceitos que não mais podiam conviver com a sociedade, correção de equívocos, inserção de orientações já pacificadas pela jurisprudência. Entretanto, inconstitucionalmente, tratou desigualmente as entidades familiares resultantes da união estável e do casamento. E perdeu oportunidade de legislar acerca da guarda compartilhada, filiação socioafetiva, uniões homoafetivas.

3 MODELOS DE FAMÍLIA³

A realidade há muito aponta para existência de outras organizações que não se enquadram no conceito tradicional de família, dentre as quais, cita-se: a monoparental, parental, pluriparental, paralela, o que leva à compreensão, de acordo com AZEVEDO (APUD HIRONAKA, 2001) da família como um "grupo espontâneo de pessoas acolhidos em uma determinada época histórica pela sociedade daquele tempo".

De todos os modelos, o matrimonial é o mais tradicional e baseia-se na concepção de família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual em que todos os membros são dominados pelo chefe de família, o homem/marido/pai.

Sua formação se deu através do casamento e, até a atual Constituição, era a única configuração aceitável de família. Apesar de ter se modificado em função do tempo e do espaço, sobrevive aos dias atuais sem o mesmo prestígio. Na verdade, a grande alteração atual do matrimônio centra-se na motivação, o que pode ser resumido nas palavras de VILELA (APUD HIRONAKA, 2001): “a família é atualmente menos uma instituição procriativa do que uma instituição recreativa”.

As relações familiares informais estão presentes na sociedade há tanto tempo quanto existe um modelo de família regularizado por lei. Porém, até a formulação da Constituição Federal de 1988, em casos de litígio tal união era considerada como sociedade de fato.

Outro modelo familiar é o monoparental, que se caracteriza pela presença de apenas um dos familiares assumindo funções e responsabilidades referentes ao convívio com a prole que são, em uma família biparental, teoricamente, desempenhadas conjuntamente pelos dois genitores. Apesar de reconhecida, faz-se necessária a regulamentação da monoparentalidade para que sejam sanados os problemas ainda existentes exclusivos a este modelo de família.

O modelo familiar parental, ou anaparental como é definido por alguns autores, se caracteriza por uma relação na qual não há um vínculo de ascendência e descendência entre os integrantes. O caso de duas irmãs que vivem juntas dividindo

³ Apesar de boa parte da doutrina apontar para mais uma organização familiar, a família homoafetiva, este trabalho não entende necessário especificar tal modelo, uma vez que este pode estar presente em qualquer outro, sendo casamento homoafetivo, fará parte da família matrimonial; em caso de união homoafetiva, enquadra-se na família informal; observada a viuvez de um dos parceiros homossexuais, estará configurada através da família monoparental, a pluriparental, na situação de as famílias reconstituídas ou finalizadas serem formadas por pessoas do mesmo sexo e, por fim, havendo infidelidade praticada por um dos envolvidos em uma relação homoerótica, tratar-se-á de família paralela.

funções e responsabilidades, construindo conjuntamente seu patrimônio, seria um bom exemplo de família parental. Atualmente, tem sido dispensado a esse modelo familiar o tratamento de sociedade de fato.

A família pluriparental ou mosaico, como também é denominada, é a entidade resultante do relacionamento afetivo de casais separados ou divorciados que, “trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum. É a clássica expressão: ‘os meus, os teus, os nossos...’”. (DIAS, 2010, p. 49)

A doutrina apresenta ainda a família paralela, também denominada afetiva livre, eventual, transitória e adúlterina com o fim de afastar a relação da união como estável e, assim, não lhe ser atribuída consequência. Oriunda do concubinato impuro ou adúlterino é “alvo de repúdio social” (DIAS, 2010, P.50)

Atualmente, caso a concubina ou concubino desconheça a situação da parte infiel, a união será tratada como sociedade de fato, desviando para o direito obrigacional a chancela. Ignorar a existência de famílias paralelas ocasiona grandes injustiças, não apenas para o cúmplice da traição do infiel, mas para os prováveis filhos gerados na relação.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA FAMÍLIA

Inúmeros são os princípios apontados a depender de cada autor, apontar-se alguns que são imprescindíveis para compreensão do tema, são eles: da dignidade da pessoa humana; da liberdade; da igualdade; do pluralismo das entidades familiares; da proibição do retrocesso social; da afetividade.

Consagrada no inciso III do primeiro artigo da CF/88, a dignidade da pessoa humana refere-se de um macroprincípio que engloba os demais, representando, nas palavras de SARMENTO (2000, p. 60) “o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando, não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade”. O direito das famílias está intimamente atrelado aos direitos humanos, que tem como base este princípio, significando que todos os tipos de constituição de família merecem tratamento igualmente digno.

O princípio da liberdade, em suma, traz para o ordenamento a obrigatoriedade de respeitar as escolhas do ser humano e determina que ninguém deverá ser discriminado em virtude das suas opções. A família deve ser estruturada da maneira que garanta a

felicidade dos envolvidos, não podendo ter um tratamento jurídico diferenciado em função disso.

A Constituição consagra o princípio da igualdade exhaustivamente, no seu artigo 5º, caput, ao proclamar “todos são iguais perante a lei”, no inciso I do mesmo artigo: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” e, por fim, determina a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges na entidade familiar no art. 226 §5º.

O referido princípio defende que, caso se constate uma discriminação arbitrária, isto é, sem motivação lógico-racional que justifique um tratamento desigual a determinado grupo, a situação legal não poderá prosperar.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe consigo o reconhecimento de organizações familiares, passando a constar no rol exemplificativo da Lei Maior, além da matrimonial, a informal (união estável) e a monoparental, o que é entendido como a consagração do princípio do pluralismo das entidades familiares.

O princípio da proibição do retrocesso social veda o descumprimento ou à limitação de direitos garantidos constitucionalmente.

O reconhecimento jurídico do valor do afeto como formador de vínculos alterou completamente o direito das famílias, que não se pode olvidar de reconhecer que toda e qualquer relação onde exista amor merece respaldo constitucional (VILLELA APUD DIAS, 2010, p. 72), ao que se intitula princípio da afetividade;

5 CASAMENTO X UNIÃO ESTÁVEL

O casamento, como união formal, ao longo da história esteve ao lado de dois tipos de uniões informais, quais sejam: o concubinato impuro, em que, pelo menos, um dos partícipes possuía impedimento para o matrimônio, nos dias atuais é denominado família paralela; e o concubinato puro, onde inexistia óbice para o casamento, deu origem à união estável. Tanto o casamento quanto à união estável são organizações familiares protegidas pela Constituição Federal em seu artigo 226.

No que se refere à convivência, não se aponta dissonância, no entanto, os efeitos jurídicos dos dois institutos divergem em diversos fatores, a citar: o escopo de constituir união estável é altamente subjetivo, sendo bastante complicado averiguar se ambos tem esse intento, já o casamento possui regulamentados todos os aspectos do vínculo formado; apenas o casamento confere o estado civil de casado aos contraentes, permanecendo os companheiros com o status de solteiros; a materialidade do casamento

se faz presente através da certidão, enquanto a constituição da união estável deve ser provada por meio de contrato ou audiência de justificação que dependa da declaração do juiz a sua condição de companheiro.

A maior desproporção entre união estável e casamento, contudo, é encontrada no direito sucessório. Além de herdeiro legal, o cônjuge é ainda o herdeiro necessário, isto é, tem assegurado por lei uma cota de bens, não podendo ser desprezado na transmissão da herança; concorre com os descendentes e ascendentes do falecido, constando nas três classes sucessórias mais relevantes. Por fim, tem o cônjuge o direito real de habitação, o que significa dizer, que lhe é assegurado a permanência no imóvel onde residia o casal enquanto estava vivo, independente de constituir ou não uma nova união.

Já a união estável dá ao companheiro o direito de participar apenas no que concerne aos bens adquiridos onerosamente no período de convivência. Os bens particulares do companheiro falecido são destinados aos descendentes e, na ausência destes, aos ascendentes.

As diferenças entre os dois institutos forçam a conclusão de que todos devem ter direito de escolher se desejam ser regidos pelas normas da união estável ou do casamento, motivo pelo qual o reconhecimento da relação homoafetiva como união estável não pode ser entendida como suficiente.

6 EVOLUÇÃO DO DIREITO HOMOAFETIVO

"A homossexualidade é tão antiga quanto à heterossexualidade" (GOETHE *in* VECHIATTI, 2008, p. 40). A existência de homossexuais é uma realidade imutável, a única variação existente refere-se ao tratamento dispensado a tal grupo pelas diferentes culturas, tendo havido os que toleraram, valorizaram, desprezaram ou criminalizaram.

Para que se entenda a institucionalização da homofobia, necessário se faz demonstrar os pensamentos judaicos e cristãos, que tão grande influência tiveram no mundo ocidental. Os judeus acreditavam ter uma grande identidade com Deus, auto intitulado-se "o povo escolhido". Nesse sentido, sempre lutavam pela manutenção da cultura judaica, que por não ter a pederastia institucionalizada como tradição e defender o sexo apenas com fim procriativo, recriminava os amores femininos, tanto quanto os masculinos.

Com o advento do cristianismo, indiscutivelmente influenciado pelo judaísmo, a condenação ao sexo estéril permaneceu, com o agravante de que com a pregação de que

“o Messias” voltaria para resgatar as pessoas a qualquer momento, diversos reis/imperadores temerosos se converteram e passaram a editar leis contrárias às praticas homoafetivas, pensamento social que se consolidou na Idade Média.

Os iluministas, no século XV, ridicularizaram as leis e os conceitos demonistas (VECCHIATTI, 2008, p.55) referentes ao amor entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, não ajudaram na tolerância à homoafetividade, provavelmente por acreditar-se que o homem tinha uma quantidade limitada de sêmen que não deveria ser desperdiçada com sexo não-procriativo.

Os protestantes, apesar de divergirem dos cristãos católicos, mantiveram o entendimento da homossexualidade como pecado por se tratar de sexo fora do casamento e sem fins reprodutivos, sendo ainda mais cruéis nas condenações.

A partir da implantação do capitalismo como modelo econômico, estimulou-se a formação de uma sociedade consumista. Como praticamente inexistia adoção por casais homoafetivos e a inseminação artificial não era uma possibilidade em razão do desconhecimento das suas técnicas, acreditava-se que a homossexualidade era um freio ao capitalismo, enquanto a família heteroafetiva, por gerar frutos (filhos) era mais conveniente para o modelo econômico vigente.

No século XIX, abandonou-se a visão teocrática de que a homossexualidade seria um pecado, para a explicação “científica” de que, em verdade, referia-se a uma doença, resultando no século seguinte no assassinato de milhares de homossexuais, ao lado dos judeus e ciganos, nos campos de concentração. O relatório Kinsey, de 1945, foi o grande marco deste século que, apesar de classificar as pessoas com base no ato sexual, e não no desejo, foi importantíssimo por ter sido o primeiro estudo não influenciado por preconceitos.

Em 1969, os tumultos de Stonewall tiveram bastante destaque na mídia. Tratavam-se de constantes conflitos entre a policia estadunidense e homossexuais no bar “Stonewall Inn”. Tais conflitos ensejaram a criação da Parada do Orgulho Gay nos Estados Unidos e no mundo.

Em 1974, a Associação Americana de Psiquiatria afirmou que a homossexualidade não é uma perturbação mental. A Organização Mundial de Saúde, em 1993, excluiu-a da sua classificação Internacional de Doenças. Em 1999, o Conselho Federal de Psicologia do Brasil, definiu não ser a homossexualidade uma doença, um desvio psicológico, nem uma perversão.

Superados os entendimentos de que a homossexualidade se configuraria crime ou doença, ela passou a ser ignorada pelo Estado. Diante da omissão legislativa, a união entre pessoas do mesmo sexo passou a ser tratada como sociedade de fato em razão da vedação ao locupletamento indevido, gerando efeitos no campo do direito das obrigações e sucessões, tratamento análogo ao dado para os companheiros antes do reconhecimento das entidades familiares pela Constituição Federal de 1988.

No que se refere à partilha de bens, a Súmula 380 do STF (BRASIL, 2011) determinou que “comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Para tanto, o parceiro deveria evidenciar o quanto contribuiu para aquisição dos bens ou, no caso de este se portar como administrador do lar, requerer indenização pelos serviços domésticos prestados, na Vara Cível.

Diante da ausência de fundamentos racionais que justificassem o tratamento das relações homossexuais como sociedade de fato, tornou-se insustentável a manutenção do indisfarçado preconceito que se infiltrava nas decisões judiciais, obrigando o julgador a assumir uma nova postura e reconhecer que um relacionamento pautado no afeto não poderia ser tratado como o de dois sócios de uma empresa, ele deveria, e passou a ser compreendido como entidade familiar.

Em 06 de maio de 2011, o STF, ao julgar o entrave da ADI⁴ 4277 e da ADPF⁵ 132, atribuiu às relações homoafetivas o status de família constitucionalmente protegida, pois se compreendeu que o artigo 226, §3º da Constituição Federal não poderia ser utilizado com o viés discriminatório.

O referido artigo foi inserido na Carta Magna com o propósito de incluir uma parcela discriminada da sociedade no ordenamento jurídico, mulheres que conviviam anos com parceiros, mas que, pela impossibilidade de celebrar o matrimônio, tinham seus direitos negados pelo judiciário. Da leitura do dispositivo, tem-se:

Art. 226, § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Não há que se negar que o disposto foi elaborado com base no convencional par heteroafetivo. Contudo, o legislador não cuidou de dizer qual o tratamento a ser

⁴ ADI- Ação Direta de Inconstitucionalidade, instrumento utilizado no chamado controle direto de constitucionalidade das leis e atos normativos ajuizado contra leis ou atos normativos estaduais ou federais que contrariem a Constituição.

⁵ ADPF- Arguição de descumprimento de preceito fundamental, ferramenta utilizada para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público (União, estados, Distrito Federal, municípios). Foi criada para suprir a lacuna deixada pela ADI, que não pode ser proposta contra lei ou atos normativos que tenham entrado em vigor em data anterior a promulgação da Constituição de 1988.

dispensado aos casais homoafetivos, razão pela qual necessário se fez a inserção do Poder Judiciário para esclarecer que é união estável a convivência duradoura, pública e contínua, estabelecida com o objetivo de constituição de família, independente do sexo dos envolvidos.

Indubitavelmente, o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união estável homoafetiva foi uma conquista que não deve ser desmerecida, pois trouxe consigo uma gama de direitos, destinados até então exclusivamente aos casais heteroafetivos, a citar: aplicação da Lei Maria da Penha, concessão da licença maternidade, adoção e registro do adotado em nome do casal, registro da união estável em cartório, presunção de comunhão parcial de bens, pensão alimentícia em caso de separação judicial, deferimento de pensões do INSS e herança em caso do falecimento de um dos companheiros, anuência das empresas de saúde dos parceiros como dependentes ou em planos familiares, declaração perante a Receita Federal dos companheiros como dependentes no Imposto de renda, extensão da licença de nove dias dos órgãos públicos às empresas privadas, alcance do status de família para as uniões e, consequentemente, competência da vara da família para julgar as celeumas.

Consequência ainda, do reconhecimento da união homoafetiva, foi o surgimento da dúvida se tal união poderia ser convertida em casamento civil, uma vez que o art. 226 §3º da Constituição Federal determina que a lei facilite a conversão da união estável em casamento civil.

Diante dessa dúvida, gerou-se uma situação de insegurança jurídica, em que a homologação ou não do pedido de conversão ficava a cargo dos juízes responsáveis pelo andamento e julgamento do processo, o que gerou inúmeras decisões controversas.

A doutrina também se dividiu no que concerne ao tema, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2011)⁶ aduz que esta é uma falsa polêmica, uma vez que não há fundamento para impedir a conversão, seja formada por um casal heteroafetivo, seja homoafetivo.

O posicionamento contrário, entre os quais se filiam Lenio Luiz Streck e Ives Gandra Martins (APUD VECHIATTI, 2011)⁷, utilizou como principal argumento o de que há impossibilidade jurídica de conversão da união estável homoafetiva em casamento civil em razão de o STF não ter abordado o tema casamento, tendo se limitado a união estável. Imperioso esclarecer, todavia, que o STF não era obrigado a

⁶ Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19086>>. Acesso em: 4 jan. 2012.

⁷ *ibidem*

entrar no debate sobre o casamento civil homoafetivo por terem as ações feito pedidos unicamente no que tange ao reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos.

Uma vez que o STF reconheceu a união homoafetiva como família conjugal, a não conversibilidade implica em afirmar que o casamento civil tem um status social superior à união estável. Não permiti-lo às uniões formadas por pessoas do mesmo sexo é uma forma de menosprezá-las, de dizer que elas são menos dignas do que as heterossexuais, clara afronta à isonomia e à dignidade da pessoa humana.

Razões geralmente utilizadas para vedar o casamento homoafetivo são: capacidade procriativa, vontade majoritária e religião. Indiscutivelmente a vontade da maioria deve se submeter às normas constitucionais, afinal este é um Estado Democrático de Direito. Justificar qualquer limitação jurídica com base em fundamentos religiosos é inaceitável em respeito ao princípio da Laicidade.

Quanto à capacidade procriativa, deve-se concordar que o conceito de casamento mudou, atualmente o que une os casais é o amor romântico com o objetivo de construir uma vida em comum, o fim do casamento não é a reprodução, do contrário seria forçoso concluir pela vedação da contração do matrimônio por parte dos casais heterossexuais estéreis ou inférteis.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1183378, posicionou-se, em sua maioria, favoravelmente ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, ampliando a discussão para o casamento civil homoafetivo direto. Na decisão, foram acionados os artigos 1.514, 1.535 e 1.565 do Código Civil para defender que a alusão aos termos “homem”, “marido” e “mulher” significavam que o casamento era um direito exclusivo das relações heterossexuais.

A limitação dos termos “homem” e “mulher” foi discutida pelo STF, em que resultou afastada como óbice à união homoafetiva, levando a conclusão de que estes deveriam ser encarados como exemplificativos e não como taxativos. Raciocínio idêntico deve ser utilizado para o casamento civil.

Acrescente-se que o fato de o casamento entre pessoas do mesmo sexo não ser expressamente vedado pelos artigos 1.521 e 1.523 não significa que este deva ser permitido, há que se entender que, no direito privado, o que não é proibido, é permitido, desse modo, imperioso concluir que inexistente impedimento jurídico ao casamento homoafetivo.

Basear-se na idéia de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não deveria ser expressamente proibido e sim entendido como um requisito implícito em virtude de

o matrimônio entre homem e mulher ser algo milenar, é inadmissível, já que o Direito deve alcançar as alterações culturais, do contrário o casamento, além de se basear na heterossexualidade, deveria estar centrado na procriação e na indissolubilidade.

Deseja-se que, a partir do defendido pelo STJ, o desencontro das decisões para conversão da união estável em casamento civil homoafetivo e para habilitação do casamento direto diminua, ainda que, pelo fato de não ser vinculante, não gere a obrigação dos juízes e tribunais estaduais seguir o mesmo entendimento.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ano de 2011 foi um ano de conquistas para o grupo LGBTTT, onde ocorreu a ampliação da discussão acerca da homofobia, a equiparação das relações homoafetivas à união estável, promovendo tais uniões ao status de entidade familiar, julgamentos estendendo aos homossexuais o acesso ao casamento civil. Entretanto, os homoafetivos ainda vivem uma situação de insegurança jurídica, posto que tem ficado a cargo dos magistrados a escolha da concessão ou não do direito ao matrimônio para referida parcela da sociedade.

Em 1988, a Constituição então promulgada saiu do papel de coadjuvante para Lei Fundamental do Direito, operou-se, desse modo, uma verdadeira revolução em todo o segmento legal. O Direito das famílias, como ordenamento mais suscetível às alterações sociais, foi quem mais sofreu as influências do fenômeno então denominado constitucionalização do direito civil.

O casamento deixou de ser o único modelo familiar, perdeu o seu caráter sacramental com a admissão da sua dissolubilidade, deixou de ser um fim para ser um instrumento de desenvolvimento da personalidade do ser humano. O seu elemento formador passou a ser o vínculo de afeto, e não mais a finalidade procriativa.

O STF reconheceu que os termos utilizados “homem” e “mulher” no art. 226 §3º não deveriam ser limitativos e compreendeu que, por analogia, a união formada por duas pessoas com vínculo afetivo e um projeto de vida em comum se configurava uma união estável, independente do sexo das pessoas envolvidas e, dessa forma, estendeu aos casais homoafetivos direitos que até então alcançavam apenas os heterossexuais. O único direito negado aos homossexuais foi o acesso ao casamento.

Conforme demonstrado, a união estável e o casamento destoam no que tange aos efeitos, portanto impedir os homoafetivos de contraírem matrimônio perpetua o

tratamento discriminatório entre as pessoas, em indiscutível violação da Constituição Federal. Inexiste fundamento jurídico que sustente a vedação do casamento homoafetivo, seja por meio da conversão, seja de forma direta.

A parte final do artigo estabelece que deve ser facilitada a conversão da união estável em casamento civil, tendo sido as relações homoafetivas equiparadas à união estável, estas devem, por determinação constitucional, ser convertidas em casamento civil.

Parte da doutrina tem declinado no sentido de aceitar que os homoafetivos se casem unicamente por conversão, e não de forma direta, esse pensamento não pode prevalecer, pois é gritante a violação ao princípio da isonomia.

A diversidade de sexo não é requisito de validade do casamento, conforme dito, a limitação das expressões homem e mulher foram superadas pelo STF para configuração da união estável, logo igual raciocínio deve ser aplicado no casamento civil. No que concerne à tradição, esta não deve ser suficiente para manter uma vedação, uma vez que, a família, como construção cultural, sofre alterações o tempo todo, cabendo ao Direito acompanhá-las, sob risco de se tornar obsoleto.

Por fim, não se pode olvidar que o motivo de existência do Estado é a promoção do bem de todos independente de origem, etnia, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Logo, o casamento civil, seja este de forma direta, por ausência de óbice legislativo, ou mediante a conversão, por expressa designação constitucional, deve ser entendido como um direito humano e não um privilégio heterossexual, só assim a isonomia será de fato exercida.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 6. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 672 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 6.v: direito das sucessões. 22. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução: Leandro Konder. 1. ed. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2010. 302 p.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LÔBO, Paulo. Educação: **o ensino do direito de família no Brasil**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 325-341

SARMENTO, DANIEL. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da homoafetividade: **da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008. 604p.

VILLELA, João Baptista. **As novas relações da família**. Anais da XV Conferência Nacional da OAB, Foz do Iguaçu, Paraná, p. 639-647, set/1994

Meios eletrônicos:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Por 4 a 1, **STJ reconhece casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (REsp 1183378)**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103683>. Acesso em 17 dez. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Casamento civil homoafetivo tem quatro votos favoráveis e julgamento é interrompido (REsp 1183378)**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103594>. Acesso em 17 dez. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Súmula 380**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0380.htm>. Acesso em: 03 jan. 2012

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Supremo reconhece união homoafetiva (ADPF 178, 132)**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em 18 dez. 2011.

CABRAL, Hideliza Tinoco Boechat. Diferenças: **contrair casamento e construir união estável**. 2010. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/08_contrair.casamento.e.c onstituir.uniao.estavel.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2011

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O STF e a união estável homoafetiva. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2870, 11 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19086>>. Acesso em: 4 jan. 2012.