

CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO E (IN)SEGURANÇA JURÍDICA¹

*Assis Moreira Silva Junior**

1 INTRODUÇÃO

Com o passar dos tempos e com a evolução da sociedade, as instituições sociais acabam sofrendo transformações, o que enseja, igualmente, a transformação da análise jurídica dos fenômenos sociais. Segundo a clássica teoria tridimensional de Miguel Reale, o direito é fato, valor e norma, sendo que, havendo modificação substancial do fato, ao fenômeno jurídico deve ser conferida uma nova leitura, à luz dos novos valores.

Observa-se que o conceito contemporâneo de família não é o mesmo daquele presente na sociedade do século passado. A CF/88 deixou de dar especial enfoque ao casamento, para focar a família, adotando o princípio da pluralidade de formas de família e, por consequência, uma diversidade de arranjos familiares.

O vínculo formador da família contemporânea é o afeto e a vontade livre de constituir família, formal ou informalmente, donde se depreende que não é possível fazer diferenciações entre a família formada por pares heteroafetivos ou por pares homoafetivos.

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, em decisão com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, o caráter de entidade familiar das uniões homoafetivas, e determinou a aplicação das mesmas regras da união estável heteroafetiva.

A partir da referida decisão, datada de maio de 2011, não se questiona o caráter de entidade familiar das uniões homoafetivas, bem como a possibilidade de estas poderem se formar através da união estável. Contudo, não havia – e ainda há – consenso acerca da possibilidade de pares homoafetivos poderem se habilitar ao casamento civil ou postularem a conversão da sua união estável em casamento, com decisões nos mais variados sentidos, o que tem gerado situação de enorme insegurança jurídica.

¹ SILVA JUNIOR, Assis Moreira. *Casamento civil homoafetivo e (in)segurança jurídica*, in **Revista jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 61, n. 428, jun. 2013, p. 9-32.

* Advogado. Mestrando em Direito Constitucional e Especialista LLM em Direito Civil e Processual Civil, ambos pelo Centro Universitário de Bauru (ITE/Bauru). Especialista em Jurisdição Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais pela Università di Pisa (Itália). Professor universitário. Presidente da Comissão de Direito Homoafetivo e Diversidade Sexual do IBDFAM em Bauru/SP. Coordenador da Comissão da Diversidade Sexual da OAB/Bauru. Membro efetivo da Comissão da Diversidade Sexual e Combate à Homofobia da OAB/SP.

Buscamos demonstrar, então, a igualdade entre as uniões heteroafetivas e homoafetivas (ao menos naquilo que é essencial), o que nos permite afirmar que os casais homoafetivos podem constituir família através da união estável ou do casamento, tal qual ocorre com os casais heteroafetivos, embora ainda se encontre resistência no tocante à possibilidade de casamento.

2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA: DO PATRIARCADO À PLURALIDADE DE FORMAS DE FAMÍLIA

O conceito de *família* não é estanque, mas ao contrário, está sempre se transformando, sendo aferido num determinado momento histórico e cultural de uma dada sociedade, tendo em vista que os valores dessa sociedade tendem a se alterar com o passar do tempo. A escravidão, por exemplo, que em tempos remotos era aceita como um fato comum, hoje encontra expressa proibição nos âmbitos internacional e interno, sendo, inclusive, tipificado como crime no artigo 149 do Código Penal. A família, igualmente, que antes se formava *exclusivamente* através do casamento sacramentado e indissolúvel, hoje apresenta uma diversidade de arranjos, podendo ser formada por casais heteroafetivos ou homoafetivos, através do casamento, da união estável, e também pelas famílias monoparental e anaparental. Outros arranjos familiares ainda surgirão, sem, contudo, se desnaturar o conceito de família.

Barroso (2012, p. 34-35) afirma que

A família é um fenômeno sócio-cultural institucionalizado pelo Direito. Refletindo fatores psíquicos, materializados no âmbito da afetividade e da sexualidade, o tratamento dispensado pelo direito à família precisa acompanhar as transformações que têm lugar na sociedade. **Para além da família formada pelo casamento, reunindo homem, mulher e filhos, o direito vem progressivamente reconhecendo novas modalidades de entidade familiar. O desafio hoje apresentado ao direito de família é incorporar o pluralismo e corresponder aos objetivos que lhe são confiados.**

No cerne da concepção contemporânea de família, situa-se a mútua assistência afetiva, a chamada *affectio maritalis*, conceituada como a vontade específica de firmar uma relação íntima e estável de união, entrelaçando as vidas e gerenciando em parceria os aspectos práticos da existência. **A afetividade é o elemento central desse novo paradigma, substituindo a consanguinidade e as antigas definições assentadas em noções como normalidade e capacidade de ter filhos. A nova família, entendida como “comunidade de afeto”, foi consagrada pelo texto constitucional de 1988.** (grifo nosso)

Como assinalado por Teixeira (2009, p. 11),

Não existe uma definição predeterminada, que possa ser aplicável a todas as épocas

e a todos os países indistintamente, pois se modificam as razões pelas quais as pessoas constituíram família. Os motivos podem ser vários: econômicos, políticos, procriativos, sociais, afetivos, ou mesmo a preservação de tradições culturais. Cada momento tem sua característica predominante, eleita culturalmente.

Louzada (2011, p. 264) assevera neste mesmo sentido: “Em verdade, família é um caleidoscópio de relações que muda no tempo de sua constituição e consolidação em cada geração, que se transforma com a evolução da cultura, de geração para geração”.

Para que possamos retratar o modelo que hoje observamos, mister se faz realizarmos uma digressão sobre os modelos que já existiram, desde aquele imposto pelo sistema patriarcal, até chegarmos àquele estampado na CF/88, que consagrou o princípio da pluralidade das formas de família.

Já no direito romano havia a previsão do casamento e do divórcio. Contudo, na Idade Média, com o domínio da Igreja, o direito canônico assumiu papel importante na sociedade, tendo o casamento deixado de ser contrato para ser considerado sacramento, e, portanto, indissolúvel. O casamento, cuja única finalidade consistia na procriação, foi, durante séculos, realizado exclusivamente pela Igreja. Porém, hoje, com a separação entre Igreja e Estado, o casamento é civil, sendo reconhecido, também, o casamento religioso com efeitos civis (art. 226, §§ 1º e 2º, da CF/88).

Estamos a falar, aqui, do patriarcado, sistema hierarquizado que considerava o homem o chefe da família. Nesta época, aceitava-se como normal a superioridade jurídica dos homens sobre as mulheres, imperando o domínio daqueles sobre estas, não se reconhecendo a mulher como um ser capaz e livre. Não é demais lembrar que somente em meados do século XX o direito de voto foi estendido às mulheres, o que se deu com a edição do Código Eleitoral, em 1932, e com a promulgação da Constituição de 1934, o que ilustra a desigualdade de tratamento que existia entre homens e mulheres.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 1/1969 trouxeram a previsão de que “*A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos*”. Entendia-se, naquela época, que a família somente podia ser constituída através do casamento, na medida em que nenhuma outra forma de união era contemplada pelo texto constitucional. O Código Civil de 1916 contemplava este modelo conservador, segundo o qual as relações extra-matrimoniais eram marginalizadas e não recebiam qualquer reconhecimento, direito ou efeito jurídico.

À medida que avançaram as concepções culturais e sociais, a jurisprudência passou a reconhecer determinados efeitos – ainda de forma tímida – às uniões de fato. Em meados de

1964, o STF editou a súmula 380, que reconheceu direitos aos companheiros que viviam em união estável. Em 1977, com o advento da Lei n. 6.515, passou-se a reconhecer a possibilidade do divórcio, pondo fim à indissolubilidade do casamento.

Como assinalado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, quando do julgamento do REsp 1.183.378-RS,

Os diplomas pretéritos revelaram, de forma enfática, que o foco de proteção estatal era o próprio casamento em si, abstraindo-se por completo as pessoas integrantes desse núcleo (salvo a figura do marido), individualmente consideradas, tudo isso em detrimento de valores que posteriormente foram reconhecidos como os mais caros à pessoa humana, como a dignidade e igualdade de tratamento perante a lei. Porém, em meados da década de 80, a realidade se impôs à ficção jurídica, e o novo perfil da sociedade se tornou tão evidente e contrastante com o ordenamento então vigente, que se fez necessária uma revolução normativa, com reconhecimento expresso de outros arranjos familiares, rompendo-se, assim, com uma tradição secular de se considerar o casamento - civil ou religioso -, com exclusividade, o instrumento por excelência vocacionado à formação de uma família. Inaugura-se em 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito **poliformismo familiar** em que **arranjos multifacetados** são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado".² (grifo original)

Com efeito, com a promulgação da CF/88, tivemos sensível alteração no conceito de família³. O texto constitucional deu enfoque à *família*, e não ao casamento como havia feito nos textos anteriores, incorporando outros arranjos familiares, conforme previsão do art. 226 que abaixo transcrevemos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.
§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
§ 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.
§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
[...]

Diante do dispositivo acima transcrito observamos que o constituinte previu, de

² STJ, 4ª Turma, REsp 1.183.378-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011, DJE 31/01/2012.

³ Sanches (2012, p. 199) afirma que “[...] estávamos vindo de um sistema cuja família era matrimonializada, hierarquizada, patriarcal, discriminadora e heterossexual – justamente o modelo com o qual se estava rompendo naquele outubro de 1988 – e não somente com este, mas com todo um sistema alienador, limitador e que desrespeitava direitos individuais – daí o axioma dos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana”.

forma expressa, que a família pode ser formada não apenas pelo casamento, mas também pela união estável e pela família monoparental, sendo esta última formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Como assinalado pelo Ministro Ayres Britto, em seu voto quando do julgamento das ADI 1277 e ADPF 132,

[...] salta à evidência que **a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação – é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas.** Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). (grifo original)

Importante assinalar que a união estável heteroafetiva, desde seu surgimento, sofreu vários acolhimentos e rejeições, sendo que somente com a promulgação da CF/88, ao ser reconhecida expressamente como entidade familiar, é que foi colocado um ponto final na celeuma. Ademais, cumpre observar que o constituinte, ao estabelecer que *“é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher”*, visava imprimir igualdade entre os pares, extinguindo a hierarquia que existia até então entre o homem e a mulher, não podendo, em hipótese alguma, ser interpretada como uma proibição implícita às uniões homoafetivas.

Como asseverado por Dias (2010, p. 30), “O surgimento de novos paradigmas, quer pela emancipação da mulher, quer pela descoberta dos métodos contraceptivos e pela evolução da engenharia genética, dissociaram os conceitos de casamento, sexo e reprodução humana”.

A família, considerada pelo constituinte a *base da sociedade*, foi abandonando as características impostas pelo sistema patriarcal. A consagração da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF/88), acabou por afastar a ideia de que a finalidade da família era a procriação⁴. “Ao contrário do que se pensava, o contexto de entidade familiar tornou-se mais amplo, mais inclusivo, mais livre de imposições sociais, passando a ser um ambiente de afeto e de realização pessoal” (SANCHES, 2012, p. 200). Vale dizer, a família de que trata os arranjos familiares previstos

⁴ Sanches (2012, p. 198), neste mesmo sentido, afirma que “[...] há muito a família deixou de ser formada para procriar. Com a mudança do papel da mulher na sociedade, cujo trabalho passou a exercer crescente importância na economia doméstica e nacional, é crescente o número de casais que escolhem não ter filhos; e para aqueles que fazem a opção pela prole, mesmo na impossibilidade de tê-la de forma natural, são diversos e seguros os métodos artificiais, bem como avançada a legislação que regula a adoção”.

expressamente pela CF/88 consagrou-se com base no vínculo afetivo existente entre seus membros⁵.

Justamente em face da CF/88 ter adotado o princípio da afetividade é que o Supremo Tribunal Federal (STF), em maio de 2011, reconheceu, no julgamento conjunto das ADI 1277/DF e ADPF 132/RJ, o caráter de entidade familiar às uniões homoafetivas, concedendo-lhes a mesma proteção jurídica ofertada às demais entidades familiares, tema que será melhor abordado mais adiante.

Como asseverado por Sanches (2012, p. 204),

As famílias brasileiras passaram a ser denominadas no plural, com a liberdade e leveza que lhe são peculiares hodiernamente – deixando para trás a unicidade de conceitos e modelos. É importante ressaltar que a decisão [do STF] não mudou as famílias, apenas as espelhou, reconhecendo sua diversidade e valorizando o afeto como um de seus principais elementos.

Em razão disso, “a Constituição Federal deve ser analisada e interpretada como um todo, que adotou, em seu art. 226, na verdade, um sistema aberto – exemplificativo e não taxativo –, de forma a reconhecer todas as uniões afetivas possíveis e encontradas na vida social” (TEIXEIRA; MOREIRA, 2011, p. 281).

Portanto, observamos que o modelo patriarcal e hierarquizado que tínhamos até o século passado, no qual o casamento era sacramentado e indissolúvel, acabou cedendo espaço para outros arranjos familiares previstos expressamente no texto constitucional – a união estável e as famílias monoparental e anaparental – e também para as uniões homoafetivas, que embora não previstas expressamente no ordenamento jurídico vigente, tiveram seu caráter de entidade familiar reconhecido pelo STF em decisão com eficácia contra todos e efeito vinculante.

3 UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

A homossexualidade, sem qualquer dado concreto, chegou a ser definida como uma doença, porém, no final do século XX, a ciência passou a aceitá-la como forma de orientação sexual, tendo sido retirada da Classificação Internacional de Doenças (CID) pela Organização Mundial de Saúde (OMS) no ano de 1990. A partir desta ideia, devemos encará-la como um

⁵ Ademais, importante apontar que a sistemática do Novo Código Civil (Lei n. 10.402/2002) mudou a visão patrimonialista do Código Civil de 1916, e se ateve mais com o “ser” do que com o “ter”. Tal mudança se verifica com a positivação da função social do contrato, da boa-fé e do uso das cláusulas gerais.

fato da vida, sem adentrar na seara da moral de cada um.

Cumpre-nos destacar

[...] que o fato do homossexualismo não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros. Salvo, naturalmente, quando esses terceiros tenham a pretensão de ditar um modo de vida “correto” – o seu modo de vida – para os outros indivíduos. (BARROSO, 2012, p. 9)

Rios (2012, p. 156) afirma que

Existe um consenso entre os antropólogos de que [a orientação sexual] é a identidade que se atribui a alguém em função da direção de sua conduta ou atração sexual. Se essa conduta ou atração se dirige a alguém do mesmo sexo, denomina-se orientação sexual homossexual; se, ao contrário, a alguém do sexo oposto, denomina-se heterossexual; se pelos dois sexos, de bissexual. Há outras variantes, mas não as detalharei nesta oportunidade.

Como asseverado por Dias (2011, p. 251),

O receio de comprometer o sacralizado conceito do casamento, limitado à ideia da procriação e, por consequência, à heterossexualidade do casal, não permitia que se inserissem as uniões homoafetivas no âmbito do *direito das famílias*⁶. Havia enorme dificuldade em admitir que a convivência é fruto de um vínculo de afeto, o que impedia o juiz de fazer analogia com a união estável e o casamento. (grifo nosso)

Vemos ao longo do tempo um incansável esforço dos movimentos de direitos humanos, em especial do movimento de defesa dos direitos humanos das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT), bem como da sociedade civil, a exemplo do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), para que as uniões homoafetivas fossem reconhecidas⁷.

Barroso (2012, p. 4) assinala que

⁶ Maria Berenice Dias explica a expressão: “*Família no plural, porque a família passou a ser um conceito plural. Não é mais constituída exclusivamente pelo casamento. Não mais serve para manter a mulher presa no recinto doméstico, para que o homem tenha certeza de que seus filhos são sangue do seu sangue. Hoje, o que identifica uma família é o afeto, esse sentimento que enlaça corações e une vidas. A família é onde se encontra o sonho de felicidade.*” (Disponível em <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/obras-conversando-sobre-o-direito-das-familias.cont>>. Acesso em 07/09/2012.)

⁷ Fraser, quando fala de justiça social, retrata a existência de uma demanda redistributiva, na qual se busca uma distribuição mais justa de recursos e bens, e uma política de reconhecimento, onde ela afirma que “o objetivo, na sua forma mais plausível, é contribuir para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito” (2008, p. 167). Quanto aos homossexuais, Fraser afirma que “A superação da homofobia e do heterossexismo requer uma modificação na ordem do status sexual, desinstitucionalizando os padrões heteronormativos de valor, substituindo-os por padrões que expressem igual respeito para com gays e lésbicas” (2008, p. 173).

Progressivamente, as relações homoafetivas vêm conquistando aceitação e respeito. Na esfera privada, é crescente o número de pessoas que assumem publicamente e sem temor a sua orientação homossexual. No espaço público, concorridas passeatas e manifestações, em diferentes capitais do país, simbolizam a vitória pessoal de homens e mulheres que derrotaram séculos de opressão para poderem ostentar sua identidade sexual, desfrutar seus afetos e buscar a própria felicidade. É certo que ainda ocorrem manifestações ocasionais de homofobia, inclusive com o emprego de violência. Mas já não contam com a cumplicidade silenciosa da opinião pública. Aos poucos se consolida uma cultura capaz de aceitar e de apreciar a diversidade.

Neste sentido, o Ministro Ayres Brito, em seu voto no julgamento das ADI 1277/RJ e ADPF 132/RJ, assim afirmou:

Sucedem que não foi somente a comunidade dos juristas, defensora dos direitos subjetivos de natureza homoafetiva, que popularizou o novo substantivo, porque sua utilização corriqueira já deita raízes nos dicionários da língua portuguesa, a exemplo do “Dicionário Aurélio”⁸. Verbete de que me valho no presente voto para dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. **União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de u’ a mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro.** (grifo nosso)

Como afirma Louzada (2011, p. 271),

O modelo familiar hoje é o da família eudemonista, no qual cada indivíduo é importante em sua singularidade, tendo o direito de ser feliz em seu contexto, independentemente de sua orientação sexual. Pautar direitos tendo como parâmetro o sexo a quem é destinado o nosso afeto é perverso e injusto.

Com efeito, como tivemos oportunidade de alinhar atrás, o sistema patriarcal e hierarquizado que imperou até o século passado acabou cedendo lugar a novos arranjos familiares, através dos quais se depreende que a família contemporânea se forma através do afeto. Não vemos hoje, como víamos no século passado, casamentos “arranjados”, nos quais os noivos, na maioria das vezes, se conheciam na data do casamento. Na atualidade as pessoas somente se relacionam se assim o desejarem e com quem desejarem, de acordo

⁸ “Homoafetividade 1. Qualidade ou caráter de homoafetivo. 2. Relação afetiva e sexual entre pessoas do mesmo sexo. Homoafetivo 1. Que diz respeito à afetividade e a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo. 2. Realizado entre as pessoas do mesmo sexo: *casamento homoafetivo*. 3. Relativo ou pertencente a, ou próprio de duas pessoas que mantêm relação conjugal, ou que pretendem fazê-lo: *direito homoafetivo*.” (Dicionário Aurélio, 5ª Edição, fl. 1105).

com sua orientação sexual.

Como ressaltado por Sanches (2012, p. 198),

[...] a família espelha uma sociedade plural, ou seja, passou de um modelo fechado, imutável, para ser diversificada e maleável, podendo adequar-se à infinidade dos tipos sociais, fazendo incluir em seu rol de proteção jurídica a todos aqueles aliados pelo vínculo afetivo.

O STF, num julgamento ocorrido posteriormente ao julgamento das ADI 1277 e ADPF 132, em acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello, afirmou que

Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual.

[...]

Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. (STF, RE 477.554 AgR/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.08.2011, DJE 26.08.2011) (grifo nosso)

As uniões homoafetivas, portanto, são fatos lícitos e relativos à esfera privada de cada um, sendo importante lembrar, neste ponto, que a CF/88 garante, como direito fundamental, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X).

Como asseverado por Barroso (2012, p. 10-11),

As uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo são uma consequência direta e inevitável da existência de uma orientação homossexual. Por isso mesmo, também são um fato da vida, que não é interdito pelo Direito e diz respeito ao espaço privado da existência de cada um. **As relações homoafetivas existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado.** Se o direito se mantém indiferente, de tal atitude emergirá uma indesejada situação de insegurança. (grifo nosso)

Ademais, cumpre assinalar que repudiamos a tese de que a união homoafetiva é mera sociedade de fato, na medida em que esta se constitui em uma sociedade contratual, formada não em razão do afeto, mas sim a partir de anseios meramente econômicos, de tal sorte que, em caso de dissolução, somente se discutiria a partilha dos bens adquiridos onerosamente durante a constância da sociedade, e desde que se comprovasse o esforço comum na aquisição

destes bens. Ademais, esta questão seria tratada em uma vara cível, e não em uma vara de família, onde certamente não encontraria, por parte do intérprete, a sensibilidade necessária para lidar com casos de família.

Reconhecido o caráter de entidade familiar às uniões homoafetivas, resta analisar de qual forma elas podem ser constituídas, questão que iremos abordar no próximo tópico, não sem antes anteciparmos nosso entendimento de que as uniões homoafetivas, na medida em que se equiparam às uniões heteroafetivas em todos os aspectos (ao menos naquilo que é essencial), podem ser constituídas através da união estável e do casamento.

4 CONSTITUIÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

A despeito de o ordenamento jurídico vigente não contemplar regramento expresso acerca das uniões homoafetivas, não é possível interpretar essa ausência de normas como uma proibição. Deve-se considerar que há uma lacuna normativa, diante da qual existem dois caminhos que podem ser percorridos para se atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas: (i) reconhecer que ocorreu uma mutação constitucional, o que autorizaria a imediata possibilidade de constituição através da união estável ou do casamento, ou (ii) havendo norma que regule situação idêntica *ou, a despeito de alguma diferença vislumbrada, idêntica naquilo que é essencial*, o intérprete, valendo-se dos métodos de integração, quais sejam, a interpretação extensiva e a analogia, respectivamente, aplica as regras da união estável e do casamento.

Com efeito, o texto constitucional de 1988, ao dispor sobre o casamento, não estabeleceu qualquer requisito ou limitação, tendo apenas reconhecido o casamento civil e o casamento religioso com efeitos civis. Os requisitos para a habilitação ao casamento, bem como os impedimentos, estão previstos no Código Civil (art. 1.511 e seguintes), sendo importante ressaltar que não há qualquer dispositivo que diga expressamente que o casamento *somente* pode ser realizado entre um homem e uma mulher, não havendo, igualmente, qualquer impedimento expresso ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Ao dispor sobre a união estável, em contrapartida, o constituinte fez expressa referência à união entre *o homem e a mulher*, tal qual o fez o Código Civil quando disciplinou a matéria (art. 1.723 e seguintes). No entanto, devemos lembrar que a inserção desse dispositivo no texto constitucional, como já afirmamos linhas atrás, representou um marco na

emancipação das mulheres, pois trata-se de uma ação afirmativa utilizada pelo constituinte para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento, incluindo a mulher desta relação no seio social.

Ademais, como afirma Vecchiatti (2012a, p. 205),

[...] dizer que “*é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher*” é diferente de dizer que ela é reconhecida “*apenas*” entre o homem e a mulher, pois o “*apenas*” não está escrito e, assim, não há *limites semânticos no texto* que impeçam a exegese constitucional inclusiva [...]. (grifo do autor)

Dito isso, temos que o § 3º do art. 226 da CF/88, por ser uma medida de inclusão das mulheres, não pode ser utilizado como fundamento para negar às uniões homoafetivas a sua constituição através da união estável e também do casamento. Afirmar isto representaria uma afronta à Constituição, aos valores por ela assegurados e aos seus princípios basilares, previstos desde o seu preâmbulo e em todo o seu texto.

De que maneira, então, podem ser atribuídos efeitos de união estável ou de casamento a uma união homoafetiva?

O primeiro caminho que vislumbramos consiste em reconhecer que o texto do art. 226 da CF sofreu uma mutação constitucional, que consiste num processo informal de alteração do texto constitucional, onde, na verdade, altera-se apenas a norma que se extrai do enunciado normativo, e não o texto propriamente dito. Assim, a leitura que deve ser feita do referido dispositivo abarca tanto as uniões heteroafetivas quanto as uniões homoafetivas.

Neste sentido, Vecchiatti (2012b) afirma:

Ainda que se reconheça que, pela *tradição*, não se teria imaginado a união homoafetiva quando da elaboração do §3º do art. 226 da CF/88, o notório fenômeno da **mutação constitucional** permite que a norma oriunda da interpretação do enunciado normativo mude ao longo dos tempos sem que haja necessidade de alteração do texto quando a *razão crítica* demonstre o descabimento da interpretação restritiva que passa a sofrer evolução, como a evolução da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA prova pela forma como era admitida a negativa de direitos a negros relativamente àqueles concedidos aos brancos para, posteriormente, garantir-se os mesmos direitos aos negros desde que estes não utilizassem o mesmo espaço utilizado pelos brancos (doutrina do “*separados, mas iguais*”) para, nas últimas décadas, reconhecer os mesmos direitos nos mesmos espaços públicos – tudo isso sem nenhuma alteração do texto constitucional estadunidense. Assim, no presente caso, considerando que a *razão crítica* exige a equiparação de tratamento jurídico das uniões homoafetivas relativamente àquele conferido às uniões heteroafetivas por ambas formarem famílias conjugais quando atendidos os requisitos da publicidade, continuidade e durabilidade, e considerando a ausência de proibição expressa e de limites semânticos no texto a impedir a união estável homoafetiva, esta deve ser reconhecida mediante o reconhecimento da ausência de proibição no texto constitucional a esta exegese (pois a mera citação do *fato heteroafetivo* no enunciado normativo do art. 226, §3º, da CF/88 não pode ser interpretado desta forma, ao menos nos dias de hoje, de reconhecimento da igual

dignidade da união homoafetiva relativamente à união heteroafetiva) [...]. (grifo do autor)

Embora o citado autor faça menção apenas à união estável, defendemos que, pelas mesmas razões, é facultada aos pares homoafetivos a possibilidade de constituírem sua união através do casamento, até porque o próprio texto constitucional, quando trata do casamento, como já assinalamos, não faz qualquer menção ao *fato heteroafetivo*. Ademais, se aos pares heteroafetivos esta possibilidade é assegurada, vedar tal possibilidade aos pares homoafetivos representaria uma forma de discriminação, o que é vedado expressamente pelo art. 3º, IV, da CF/88.

Este não foi, contudo, o caminho adotado pelo STF quando do julgamento conjunto das ADI 1277 e ADPF 132, onde, valendo-se de uma interpretação sistemático-teleológica da Constituição, reconheceu-se a lacuna normativa, a qual foi solucionada por meio da interpretação extensiva ou analogia, tendo em vista que, na omissão ou lacuna da lei, deve o juiz recorrer à *analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito*, consoante o disposto no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e art. 126 do Código de Processo Civil (CPC).

Como consta do dispositivo da referida decisão, o STF deu

ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele 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.

Assim, observamos que *o STF, reconhecendo que as uniões homoafetivas em nada se distinguem das uniões heteroafetivas, exceto pelo fato de serem formadas por pessoas de igual sexo, as equiparou à união estável heteroafetivo*, entendimento que foi adotado em face de este ter sido o pedido formulado nas retro mencionadas ações, o que não autoriza, contudo, a exclusão do casamento civil aos pares homoafetivos, pois, como afirma Vecchiatti (2012a, p. 207-208),

[...] reconhecida a união homoafetiva como família conjugal em decisão de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, não se pode mais negar o direito de casais homoafetivos ao casamento civil, *a uma* porque o § 3º do art. 226 da CF/88 diz que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, o que é feito pelo art. 1.726 do CC/02 que possibilita tal conversão, donde, sendo a união homoafetiva uma união estável, deve ter a si reconhecido o direito à conversão em casamento (argumento formal – a Constituição e o Código Civil *obrigam* o reconhecimento da possibilidade da conversão da união estável em casamento). *A outra* por uma

questão de lógica (argumento material): o casamento civil e a união estável são regimes jurídicos destinados a proteger/regulamentar as famílias conjugais, donde, tendo sido a união homoafetiva reconhecida como uma família conjugal, ela deve ter a si garantido o acesso tanto ao casamento civil quanto à união estável, por não fazer sentido jurídico nenhum dizer que a união homoafetiva é uma família conjugal e constitui uma união estável constitucionalmente protegida ou mesmo entidade familiar autônoma com igualdade de direitos relativamente à união estável heteroafetiva, mas não poderia ser consagrada pelo casamento civil, pois, repita-se, tanto o casamento civil quanto a união estável destinam-se a proteger/regulamentar as famílias conjugais, donde é contraditório o não reconhecimento do casamento civil homoafetivo quando se reconhece a união homoafetiva como união estável ou então como família conjugal a ela análoga, pois, se são idênticas ou análogas, então merecem o mesmo tratamento jurídico (mesmo porque a redação constitucional e legal sobre união estável e casamento civil são análogas relativamente à menção à expressão homem e mulher – em ambos os casos, cita-se este *fato heteroafetivo*, a união entre homem e mulher, na regulamentação do casamento civil e da união estável sem, contudo, proibir o reconhecimento do *fato homoafetivo*, a união entre duas pessoas do mesmo sexo, como casamento civil ou união estável). (grifo do autor)

Neste mesmo sentido, Sanches (2012, p. 203) afirma que

O entendimento do Supremo Tribunal Federal em aplicar os princípios constitucionais e universais da igualdade, dignidade da pessoa humana e da não discriminação para abarcar a realidade familiar das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo, protegendo-as à luz do instituto das uniões estáveis, também possibilita que tais casais se habilitem ao casamento civil, com toda a sua formalidade e efeitos – uma vez que o próprio ordenamento jurídico deve facilitar sua conversão em casamento.

O que temos afirmado é que, quer se reconheça que ocorreu o fenômeno da mutação constitucional, que autorizaria a aplicação direta das disposições relativas ao casamento e à união estável às uniões homoafetivas, tal qual às uniões heteroafetivas, quer se reconheça que há uma lacuna normativa, a qual deve ser sanada valendo-se dos métodos de integração, com a aplicação das disposições atinentes ao casamento e à união estável heteroafetivos, por intermédio da interpretação extensiva ou da analogia às uniões homoafetivas, o resultado final seria o mesmo.

5 CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO E (IN)SEGURANÇA JURÍDICA

As uniões homoafetivas não se diferem, ao menos naquilo que é essencial, das uniões heteroafetivas, sendo possível apontar como única diferenciação a diversidade de sexos nesta e a igualdade de sexos naquela, o que não justifica, contudo, qualquer tratamento desigual entre ambas. Como afirma Barroso (2012, p. 19),

[...] a Constituição não comporta uma leitura homofóbica, deslegitimadora das

relações de afeto e de compromisso que se estabelecem entre indivíduos do mesmo sexo. A exclusão dos homossexuais do regime de união estável [e do casamento] significa declarar que eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de “menos-valia”: menos importante, menos correto, menos digno.

Rothenburg (2009, p. 348-349) leciona que:

Repete-se à exaustão que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Essa máxima, desde Aristóteles, a despeito de sua generalidade (pois ela não aponta os critérios de igualação/desigualação), tem seus encantos. A máxima expressa o aspecto eminentemente *jurídico* da igualdade, pois começa por aludir a tratamento, ou seja, regime jurídico: as pessoas devem ser tratadas como iguais ou desiguais pelo direito; por causa deste tratamento (regime jurídico, determinação normativa), elas têm direitos e deveres. A máxima inicia com referência à igualdade, que é presumida, sendo a primeira consideração: quem ou o que for considerado igual a outro deve ser igualmente tratado; o tratamento desigual vem (logicamente) depois, ou seja, tem de ser devidamente justificado, mas, se houver um motivo adequado para discriminar, então o tratamento desigual impõe-se. Todavia – prossegue a máxima ao final –, o tratamento desigual é a exceção e, portanto, sustenta-se apenas na exata medida da desigualdade, para anulá-la, diminuí-la ou compensá-la. (grifo do autor)

A doutrina de Alexy (2008, p. 408-411) nos ensina que “*Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório*”, bem como “*Se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório*”.

Aquele que deseja estabelecer tratamento diferenciado atrai para si o *ônus da argumentação jurídica*, devendo apresentar as razões que justificam o tratamento diverso aplicado.

Ao afirmar que as uniões heteroafetivas podem ser constituídas através do casamento, mas as uniões homoafetivas não, devem ser apresentadas as razões que justifiquem esse tratamento diferenciado, já que ambas constituem-se uniões públicas, contínuas e duradouras, em uma comunhão plena de vida e interesses⁹, sendo, portanto, situações semelhantes.

Observamos que a discussão com relação à possibilidade de a união homoafetiva constituir-se através da união estável encontra-se pacificada, tendo em vista que esta possibilidade foi reconhecida pelo STF em decisão com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Todavia, instaurou-se grande celeuma sobre a possibilidade de a união

⁹ O art. 1.723 do CC conceitua união estável como a “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família”, conceito que utilizamos também para a convivência marital, a qual se diferencia apenas no tocante à necessidade de habilitação para o casamento.

homoafetiva constituir-se pelo casamento direto e/ou por conversão¹⁰.

Como apontado por Dias (2012):

Depois do pronunciamento da Corte Suprema, o grande questionamento que surgiu foi sobre a possibilidade ou não de os homossexuais casarem. Para os conservadores de plantão, teriam sido assegurados aos homossexuais os direitos da união estável, o que não lhes garante acesso ao casamento.

Mas juízes sem medo de preconceitos fizeram um silogismo singelo: se a Constituição Federal determina que seja facilitada a conversão da união estável em casamento, e o Supremo Tribunal determinou que não fosse feita qualquer distinção entre uniões hétero e homoafetivas, não tiveram dúvida em cumprir a recomendação constitucional, obedecer a decisão da Corte Suprema e assegurar o direito à felicidade a quem há muito havia constituído uma família e desejava casar.

Este é o significado das recentes sentenças, uma de Jacaré e outra de Brasília, proferidas por magistrados comprometidos com a justiça e com o resultado ético de seus julgamentos.

Mais uma vez o Poder Judiciário deste país cumpriu com o seu papel de ser guardião dos princípios constitucionais que devem reger a sociedade, mesmo quando a lei é omissa. Afinal, não se pode viver a tirania do Legislativo, em que os juízes se curvem às tentativas de segmentos que se escudam atrás de preceitos religiosos para disfarçar posturas homofóbicas e discriminatórias.

A questão ficava a critério do juiz corregedor do registro civil de cada comarca, segundo seu livre convencimento. A despeito de inúmeras decisões contrárias, alguns juízes passaram a autorizar o casamento por conversão da união estável (como se fosse uma espécie de “estágio probatório” para o casamento). Outros, pioneiramente, autorizavam a habilitação para o casamento por pares homoafetivos, como o fez o Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme noticiado em seu Informativo n.º 486, com o seguinte teor:

CASAMENTO. PESSOAS. IGUALDADE. SEXO. *In casu*, duas mulheres alegavam que mantinham relacionamento estável há três anos e requereram habilitação para o casamento junto a dois cartórios de registro civil, mas o pedido foi negado pelos respectivos titulares. Posteriormente ajuizaram pleito de habilitação para o casamento perante a vara de registros públicos e de ações especiais sob o argumento de que não haveria, no ordenamento jurídico pátrio, óbice para o casamento de pessoas do mesmo sexo. Foi-lhes negado o pedido nas instâncias ordinárias. O Min. Relator aduziu que, **nos dias de hoje, diferentemente das constituições pretéritas, a concepção constitucional do casamento deve ser plural, porque plurais são as famílias; ademais, não é o casamento o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, qual seja, a proteção da pessoa humana em sua dignidade. Assim sendo, as famílias formadas por pessoas homoafetivas não são menos dignas de proteção do Estado se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.** O que se deve levar em consideração é como aquele arranjo familiar deve ser levado em conta e, evidentemente, **o vínculo que**

¹⁰ Por força do princípio do dispositivo, o juiz está limitado àquilo que foi postulado no processo, não podendo se desvincular do pedido formulado nos autos, sob pena de vício no julgamento. Por esta razão, o STF, quando do julgamento conjunto das ADI 1277 e ADPF 132, reconhecendo o caráter de entidade familiar das uniões homoafetivas, determinou a aplicação das regras da união estável heteroafetivo em razão de este ter sido o pedido formulado nas mencionadas ações.

mais segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil. Assim, se é o casamento civil a forma pela qual o Estado melhor protege a família e se são múltiplos os arranjos familiares reconhecidos pela CF/1988, não será negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos nubentes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas e o afeto. Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado tanto pelo STJ quanto pelo STF para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável deve ser utilizado para lhes proporcionar a via do casamento civil, **ademais porque a CF determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º)**. Logo, ao prosseguir o julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso para afastar o óbice relativo à igualdade de sexos e determinou o prosseguimento do processo de habilitação do casamento, salvo se, por outro motivo, as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio. REsp 1.183.378-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgamento em 25/10/2011. (grifo nosso)

Alguns Estados¹¹, visando pacificar a questão no âmbito de seu território, expediram ato normativo autorizando a realização, pelos Serviços Extrajudiciais, do casamento homoafetivo direto e/ou por conversão¹², nos quais passou a ser inquestionável a possibilidade de a união homoafetiva constituir-se, também, através do casamento.

Havia, porém, enorme *insegurança jurídica*, na medida em que em alguns Estados continuava a critério do juiz corregedor do registro civil de cada comarca decidir, segundo seu livre convencimento, sobre a habilitação para o casamento por pares homoafetivos, o que, muitas vezes, era negado, suprimindo um direito constitucionalmente assegurado.

Com efeito, a segurança jurídica é um *valor fundamental* intrínseco ao conceito de Estado de Direito, sendo considerado um subprincípio deste¹³. Isso significa que, havendo (ou não) previsão expressa deste valor no ordenamento jurídico vigente, ele é decorrência do próprio conceito de Estado de Direito. Imperioso destacar que a formação do Estado – segundo a teoria contratualista – é motivada pela *segurança* que ele trará para os homens.

Luño (1994, p. 27-28) apresenta a segurança jurídica como *pressuposto e função*

¹¹ Alagoas (Provimento n.º 40, de 06/12/2011), Distrito Federal (Sentença Normativa n.º 22087-7, de 29/05/2012), Sergipe (Provimento n.º 06/2012, de 05/07/2012), Espírito Santo (Ofício-Circular n.º 59/2012, de 15/08/2012), Bahia (Provimento Conjunto CCJ-CCI n.º 12/2012, de 04/10/2012), Piauí (Provimento n.º 24/2012, de 14/12/2012), São Paulo (Provimento n.º 41/2012, de 18/12/2012), Ceará (Provimento n.º 02/2013, de 07/03/2013), Mato Grosso do Sul (Provimento n.º 80, de 25/03/2013), Paraná (Instrução Normativa n.º 2/2013, de 26/03/2013 – Ofício Circular 41/2013), Rondônia (Provimento n.º 008/2013-CG, de 26/04/2013), Paraíba (Provimento n.º 006/2013, de 26/04/2013) e Santa Catarina (Circular n.º 5, de 29/03/2013).

¹² As Corregedorias Gerais da Justiça dos Tribunais de Justiça dos Estados constituem-se órgãos de planejamento, supervisão, coordenação, orientação e fiscalização das atividades dos Serviços Extrajudiciais, aos quais cabe, entre outras funções, o registro civil.

¹³ Como afirma Sarlet (2012, p. 442), “a doutrina constitucional contemporânea tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito.” Neste mesmo sentido, ver Martins-Costa, 2013. Ver também Canotilho, 2002, p. 257-266.

indispensável do Estado de Direito:

En el Estado de Derecho la seguridad jurídica asume unos perfiles definidos como: **presupuesto** del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales, es decir, los que fundamentan el entero orden constitucional; y **función** del Derecho que <<asegura>> la realización de las libertades. Con ello, la seguridad jurídica no sólo se inmuniza frente al riesgo de su manipulación, sino que se convierte en un valor jurídico ineludible para el logro de los restantes valores constitucionales. (grifos originais)

Entre nós, a *segurança* foi consagrada como um dos *valores supremos* do Estado Democrático de Direito que se diz ser a República Federativa do Brasil (cf. preâmbulo da CF/88¹⁴). Contudo, não é apenas no preâmbulo que a CF/88 faz referência à segurança. Este valor foi consagrado também como um direito inviolável, ao lado dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e de propriedade (cf. art. 5º, *caput*, da CF/88), constituindo-se, portanto, um *direito fundamental*.

A segurança jurídica pode ser considerada em quatro acepções, quais sejam, como *continuidade*, como *uniformidade*, como *confiança* e como *estabilidade*. Na primeira acepção, significa a continuidade da ordem jurídica, no sentido de previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta. Na segunda acepção, corresponde ao cumprimento das normas jurídicas por todos os seus destinatários, aos quais essas normas devem ser aplicadas de maneira uniforme. Na terceira acepção, tem-se previsibilidade e certeza de certo comportamento estatal (aplicado aos três Poderes do Estado). Já a última acepção, tem o sentido de conferir estabilidade às relações jurídicas (respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada – cf. art. 5º, XXXVI, da CF/88).

Portanto, em face de se conferir às uniões homoafetivas e às uniões heteroafetivas, em alguns Estados, tratamento não uniforme, bem como em face de as uniões homoafetivas não receberem, em todas as unidades da federação, igual tratamento, há ofensa à segurança jurídica, pois, como afirma Sarlet (2006, p. 11), “*um patamar mínimo em segurança (jurídica) estará apenas assegurado quando o Direito assegurar também a proteção da confiança do indivíduo (e do corpo social com um todo) na própria ordem jurídica e, de modo especial, na ordem constitucional vigente*”.

¹⁴ Há que se indagar, neste ponto, qual a natureza jurídica do preâmbulo, a fim de se verificar se o mesmo possui relevância jurídica. A doutrina aduz que o preâmbulo é parte integrante da Constituição, apesar de não ser componente obrigatório, costumando integrar aquelas elaboradas em momentos de grande ruptura. O preâmbulo, contudo, não possui relevância jurídica, na medida em que não se situa no âmbito do Direito, mas sim da política, refletindo posição ideológica do constituinte¹⁴. Embora não tenha força normativa, ele reflete os valores escolhidos pelo constituinte e, por isso, serve de norte interpretativo das normas constitucionais.

Tamanha era a situação de insegurança jurídica, que o Conselho Nacional de Justiça, em 14 de maio de 2013, uniformizou o tratamento da questão em todo o território nacional, ao editar a Resolução n.º 175, que estabelece ser “vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo”.

Não obstante a questão haver sido regulamentada no âmbito de alguns Estados e do Distrito Federal, bem como através da Resolução n.º 175 do Conselho Nacional de Justiça, aguarda-se a aprovação, pelo Congresso Nacional, de legislação que regule a questão, soterrando-se, assim, qualquer discussão acerca da legitimidade de as uniões homoafetivas se formarem através da união estável ou do casamento civil. Todavia, o Congresso Nacional tem se mostrado bastante reticente em aprovar qualquer legislação que trate de matéria relativa a direitos da diversidade sexual¹⁵.

6 CONCLUSÃO

O conceito de *família* não é estanque, mas ao contrário, está sempre se transformando, sendo aferido num determinado momento histórico e cultural de uma dada sociedade, tendo em vista que os valores dessa sociedade tendem a se alterar com o passar do tempo.

Com a adoção do princípio da pluralidade de formas de família pela CF/88, o sistema patriarcal, no qual a única forma de constituição da família se dava através do casamento sacramentado e indissolúvel, abriu espaço para a existência de vários arranjos familiares, tendo sido reconhecido, quando do julgamento conjunto das ADI 1277/DF e ADPF 132/RJ pelo STF, o caráter de entidade familiar das uniões homoafetivas.

Quer se reconheça que ocorreu o fenômeno da mutação constitucional, que autorizaria a aplicação direta das disposições relativas ao casamento e à união estável às uniões homoafetivas, tal qual às uniões heteroafetivas, quer se reconheça que há uma lacuna normativa, a qual deve ser sanada valendo-se dos métodos de integração, com a aplicação das disposições atinentes ao casamento e à união estável heteroafetiva, por intermédio da

¹⁵ Ao longo do tempo inúmeros projetos de lei foram apresentados ao Congresso Nacional com vistas a tratar das uniões homoafetivas, seja reconhecendo seu caráter de entidade familiar, seja lhe conferindo status de união estável ou autorizando a habilitação para o casamento. Contudo, observamos que referidos projetos encontraram grande resistência de parcela dos parlamentares, o que impossibilitou o avanço da discussão. Importante destacar a iniciativa da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que elaborou proposta de Estatuto da Diversidade Sexual, o qual se pretende seja apresentado ao Congresso Nacional como projeto de lei de iniciativa popular. Para saber mais sobre referida proposta, acesse www.direitohomoafetivo.com.br, onde é possível encontrar o link para assinar a petição pública.

interpretação extensiva ou da analogia, às uniões homoafetivas, não pode ser vedado aos pares homoafetivos constituírem família através da união estável ou do casamento.

Observamos que a discussão com relação à possibilidade de a união homoafetiva constituir-se através da união estável encontra-se pacificada, tendo em vista que esta possibilidade foi reconhecida pelo STF em decisão com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Todavia, instaurou-se grande celeuma sobre a possibilidade de a união homoafetiva constituir-se pelo casamento direto e/ou por conversão.

Alguns Estados, visando pacificar a questão no âmbito de seu território, expediram ato normativo autorizando a realização, pelos Serviços Extrajudiciais, do casamento homoafetivo direto e/ou por conversão, nos quais passou a ser inquestionável a possibilidade de a união homoafetiva constituir-se, também, através do casamento. Havia, porém, enorme *insegurança jurídica*, na medida em que em alguns Estados continuava a critério do juiz corregedor do registro civil de cada comarca decidir, segundo seu livre convencimento, sobre a habilitação para o casamento por pares homoafetivos, o que, muitas vezes, era negado, suprimindo um direito constitucionalmente assegurado.

Em face de se conferir às uniões homoafetivas e às uniões heteroafetivas, em alguns Estados, tratamento não uniforme, bem como em face de as uniões homoafetivas não receberem, em todas as unidades da federação, igual tratamento, havia ofensa à segurança jurídica, a qual foi resolvida pelo Conselho Nacional de Justiça, com a edição, em 14 de maio de 2013, da Resolução n.º 175, que uniformizou o tratamento da questão em todo o território nacional.

Nosso dever, enquanto cidadãos de um Estado que se diz Democrático e de Direito, e enquanto operadores do direito, é lutar pela igualdade e pelo respeito às diferenças, a fim de que os casais homoafetivos tenham os seus direitos assegurados, tal qual os casais heteroafetivos, pois “*o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença*”¹⁶.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas no Brasil**. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/diferentes_mas_iguais_atualizacao_2011.pdf>. Acesso em 7 set.

¹⁶ STJ, 4ª Turma, REsp 1.183.378-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011, DJE 31/01/2012.

2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

DIAS Maria Berenice. **A democratização do casamento**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/739>>. Acesso em 7 set. 2012.

_____. *Rumo a um novo ramo do direito*, in DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 249-263.

_____. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FRASER, Nancy. *Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça*, in SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 167-189.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. *Evolução do conceito de família*, in DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 264-274.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **La seguridad jurídica**. 2. edición revisada y puesta al día. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

MARTINS-COSTA, Judith. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança**. Disponível em <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/641/821>>. Acesso em 10 mar. 2013.

RIOS, Roger Raupp. **A discriminação por gênero e por orientação sexual**. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo05.pdf>>. Acesso em 7 set. 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Igualdade*, in LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 346-371.

SANCHES, Patrícia. *O reconhecimento da família homoafetiva no Brasil*, in VIEIRA, Tereza Rodrigues (coord.). **Minorias sexuais direitos e preconceitos**. Brasília: Editora Consulex, 2012, p. 197-204.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos**

Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. A Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 57, out./dez. 2006.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis 11.698/2008 e 11.924/2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEIXEIRA, Daniele Chaves; MOREIRA, Luana Maniero. *O conceito de família na Lei Maria da Penha*, in DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 275-288.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **A luta judicial das minorias sexuais pela cidadania material**. 2010. 441 f. Dissertação (Mestrado) – Centro de Pós-Graduação, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, 2010.

_____. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008.

_____. *O STF e a união estável homoafetiva: análise dos fundamentos da decisão da ADPF nº 132 e da ADIN nº 4.277*, in VIEIRA, Tereza Rodrigues (coord.). **Minorias sexuais** direitos e preconceitos. Brasília: Editora Consulex, 2012a, p. 205-231.

_____. *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: 7 set. 2012b.

_____. *A hermenêutica jurídica*, in DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 141-159.