José Lourenço: A conversão da união estável homoafetiva em casamento

Como se sabe, é, atualmente, pacífico o reconhecimento de união estável homoafetiva,ou seja, entre duas pessoas do mesmo sexo, superando a opinião outrora vigente da mesma só ser possível entre homem e mulher — conforme artigo 1723, do Código Civil.

Portanto, não há como se discutir acerca da validade ou da existência de tal união estável ante o julgamento, pelo Pretório Excelso, da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 (DF), em conjunto a Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 (RJ), que lhe garantiu pleno reconhecimento jurídico, produzindo eficácia contra todos (erga omnes) e efeitos vinculantes, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública — nos termos do artigo 102, III, parágrafo 3º, da Constituição Federal e das Leis 9.868/1999 e 9.882/1999.

Indispensável, pois, a transcrição da respectiva ementa:

"1. (…). 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.

O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da dignidade da pessoa humana: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO FAMÍLIA NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIOCULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

O caput do artigo 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada" (inciso X do artigo 5º). […] Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA".

A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no parágrafo 3º do seu artigo 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o artigo 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da família. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado entidade familiar como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES.

Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do artigo 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.[1]

Assim, tal fato dispensa maiores comentários ou dissertações a respeito, sendo, pois, uma realidade integrada a nosso direito, garantindo aos companheiros de tal união estável que deve ser, obviamente, pública, contínua e duradoura todos os direitos decorrentes, tais como alimentos, sucessão, entre outros.

É possível a conversão da união estável homoafetiva em casamento?
Contudo, outra questão decorrente de tal julgamento — sendo, sem dúvida, uma decorrência natural deste — é a possibilidade — ou não — da conversão da união estável homoafetiva em casamento.

Embora, como dito, tal suposição seja decorrente do mencionado julgamento, a existência de tal possibilidade não é, nem de longe, pacífica.

a) Corrente que não reconhece tal possibilidade

Com efeito, para muitos, a decisão do Supremo Tribunal Federal não mencionou tal hipótese, apenas se limitando a reconhecer ausência de vedação constitucional à união estável homoafetiva, posto que o artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal, seria uma norma inclusiva, visando garantir direitos e deveres à esfera jurídica daqueles que têm um relacionamento público, duradouro e contínuo com outra pessoa do mesmo sexo.

Ademais, o casamento é ato com diversas regras para sua consecução (habilitação, celebração, impedimentos, causas suspensivas, entre outros) garantindo a chancela estatal a tal ato volitivo (exclusivamente entre homem e mulher, para os próceres de tal tese), desde que cumpridos seus inúmeros requisitos legais.

Estribando tal pensamento, além da interpretação gramatical do artigo 1514, do Código Civil, a doutrina tradicional — Lafayette e Bevilacqua, respectivamente — estipula o casamento como união entre

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

homem e mulher:

“O casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre”

“O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissoluvelmente”.[2]

Os paladinos de tal tese observam, também, que, autorizando tal conversão em casamento, estar-se-ia realizando indevida interpretação extensiva, arvorando-se o juiz em legislador.

b) Corrente oposta, assegurando tal possibilidade

Em sentido contrário, aqueles que defendem tal conversão voltam seus olhos não para o estrito regramento do casamento, previsto no Código Civil, mas para os próprios direitos da personalidade dos casais homoafetivos, em união estável, que buscam a respectiva conversão em casamento — que, com o divórcio, não é necessariamente para sempre, como diziam Lafayette e Bevilacqua.

Com efeito, usam dos mesmos direitos outrora aventados quando do pleito pelo reconhecimento da união estável homoafetiva: dignidade da pessoa humana, liberdade, autodeterminação, igualdade, pluralismo, intimidade, não discriminação, busca da felicidade e segurança jurídica.

Claro que, para os partidários de tal entendimento, este direito à conversão não é ilimitado — como não é nenhum direito…—, devendo ser considerado o impedimento à conversão daquele que era separado de fato ou judicialmente, quando iniciada a união estável, devendo estar divorciado quando realizar tal pleito.

E tal tese também encontra ressonância.

A Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de Alagoas dá acatamento pacífico a tal hipótese, através do Provimento 40, de 6 de dezembro de 2011:

Artigo 1º Os Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais do Estado de Alagoas deverão receber os pedidos de habilitação para casamento de pessoas do mesmo sexo, procedendo na forma do parágrafo 1º do artigo 67 da Lei 6.015/73.

Parágrafo único. Mesmo na hipótese de não haver impugnação pelo órgão do Ministério Público ou, ainda, oposição de impedimento por terceiro, na forma prevista no parágrafo 3º do artigo 67 da Lei 6.015/73, os autos deverão ser, imediatamente, encaminhados ao Juiz, que decidirá sobre o pedido de habilitação.

E mesmo na jurisprudência tal tese também faz eco, ainda que tímido, como se vê em julgado do Superior Tribunal de Justiça que, em *leading case* e por maioria, autorizou pedido de habilitação de casamento para pessoas do mesmo sexo:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF 132/RJ E DA ADI 4.277/DF.

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

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, conferiu ao artigo 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

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

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

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

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os “arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (parágrafo 7º do artigo 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

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

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

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitirse desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. 11. Recurso especial provido".[3]

No mesmo sentido, julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS – Recurso interposto contra decisão que deferiu registro da conversão de união estável homoafetiva em casamento — Orientação emanada em caráter definitivo pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 4277), seguida pelo Superior Tribunal de Justiça (Resp 1.183.378) – Impossibilidade de a via administrativa alterar a tendência sacramentada na via jurisdicional — Recurso não provido” (Apelação Cível 0000601-12.2011.8.26.0037, relator Desembargador Renato Nalini).

E, culminando tal raciocínio, seguem os mesmos ventos o Enunciado 525, do CJF, divulgado na 5ª Jornada de Direito Civil:

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

“Artigo 1.726. É possível a conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, observados os requisitos exigidos para a respectiva habilitação.”

Conclusão
Respeitados os defensores da não possibilidade de conversão da união estável homoafetiva em casamento, mister observar que a jurisprudência pende para aceitar tal possibilidade, embora tal pensamento encontre muita resistência, o que levará a inúmeras decisões em ambos os sentidos no dia-a-dia forense.

O mais correto, contudo, seria que o legislador fizesse sua parte, com diploma que decidisse tal tema de forma precisa e constitucional, em vez de jogar tal decisão, de enorme controvérsia jurídica, para os magistrados, em detrimento da segurança jurídica dos jurisdicionados.

[1] STF. ADI 4277, Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341

[2] Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. “Direito Civil Brasileiro”, Ed. Saraiva, 4ª edição, pp. 22/23

[3] STJ. REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012

Date Created
25/10/2012

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.