

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS - CESREI
CURSO BACHARELADO EM DIREITO - FARR**

TANISI RAMOS MENDES

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOFETIVA: O RECONHECIMENTO DOS
DIREITOS**

Campina Grande-PB

2011

TANISI RAMOS MENDES

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: O RECONHECIMENTO DOS
DIREITOS**

Trabalho de Conclusão de Curso - TCC apresentado à coordenação do Curso de Direito da Faculdade Reinaldo Ramos – FARR, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela referida instituição.

Orientador: Prof^o Esp. Rodrigo Araújo Reül

Campina Grande-PB

2011

TANISI RAMOS MENDES

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: O RECONHECIMENTO DOS
DIREITOS**

Aprovado em: de de .

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Rodrigo Araújo Reül - FAAR

Presidente – Orientador

Prof. Esp. Saulo Medeiros Costa e Silva - FARR

1º. Examinador

Profa. Esp. Yuzianni Rebeca de M. S. M. Coury- FARR

2ª. Examinador

Prof. Ms. Lênio Assis de Barros – FARR

3º. Examinador

Dedico esta monografia aos meus queridos pais que me proporcionaram uma vida digna, com amor, educação, sempre acreditando em mim e ensinaram que sonhar e concretizar nossos sonhos só depende da nossa vontade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiro a Deus pela dádiva da vida, por ter-me sempre dado forças para seguir em frente e fazer com que eu conclua mais esta etapa na minha vida.

Ao meu querido e amado pai Euryvaldo, por toda dedicação e incentivo nos meus estudos, homem que tenho o maior orgulho em poder chamar de pai e que sempre esteve ao meu lado me amparando, apoiando e me dando força para seguir em frente.

A minha querida e amada mãe Julie, por ser sempre tão dedicada e sempre me deu o maior incentivo para que eu pudesse concluir este trabalho.

A minha avó Judy (in memoriam), que apesar de ter partido no começo desta minha jornada, sempre batalhou pela formação digna dos seus filhos, foi a base da estrutura familiar que hoje tenho, e teve imensa dedicação a minha mãe, a ela o meu eterno agradecimento.

A minhas queridas irmãs Érika e Heloísa, que apesar das brigas sempre tiveram carinho e compreensão comigo.

A minha querida sobrinha Laura, por alegrar todos os meus dias.

A querida tia Zilma, que dedicou seu precioso tempo me ajudando na elaboração deste trabalho e por todo seu carinho e acolhimento comigo, muito obrigada.

A querida professora Mary Delane, pelo imenso incentivo nesta reta final, e que com sua dedicação e amor pela educação, mostrou que foi possível a conclusão deste trabalho.

Ao meu orientador, Professor Rodrigo Araujo Reul, pelo ensinamento para a concretização dessa monografia.

As minhas amigas Ana Gabriela, Maysa, Joseilda, Kassia Jane, Ana Paula, Maria Luíza e Níobe pelo simples fato de serem minhas amigas e de se fazerem presentes na minha jornada nesta vida.

A minha amiga e companheira de curso Robervânia, que sempre me incentivou e acreditou em mim.

Ao querido amigo Ricardo Victor, que sempre foi companheiro e escoltou a mim e Robervânia até nossas casas.

A Jesse P. Costa, pelo seu coração enorme e pela sua bondade. A todos os colegas de curso pela companhia.

A todos os professores do curso de Direito, pela paciência e por compartilhar seus conhecimentos com seus alunos.

Por fim, agradeço a todos os meus amigos e familiares, pelo carinho e compreensão e a todos que contribuíram direta ou indiretamente para a conclusão deste trabalho, a todos o meu eterno AGRADECIMENTO.

“A educação tem raízes amargas, mas os seus frutos são doces.”

Aristóteles

RESUMO

A presente monografia busca abordar o reconhecimento da união estável entre pares do mesmo sexo, sob a perspectiva constitucional dos direitos e garantias fundamentais; a evolução da família e sua nova concepção; sendo a união estável não mais exclusividade dos casais heterossexuais, pois a família é formada por laços de afeto entre as partes. Foi feito um breve relato sobre as alterações que ocorreram ao longo do tempo nas formações familiares, que hoje tem inúmeros modelos, inclusive o de família homoafetiva. Porém, as relações homoafetivas na atualidade que estão adquirindo transparência e assim ganhando espaço numa sociedade, que tinha como padrão a família formada exclusivamente por casais heterossexuais. A Constituição da República Federativa do Brasil, não dispõe contra ou a favor das uniões entre pessoas do mesmo sexo, ela simplesmente silencia. Com a recente legalização da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal (STF), é permitido aos pares homoafetivos oficializar a união em um cartório de registro civil e assegurar ao casal a vida em comum em sua plenitude. Com o advento do reconhecimento das uniões, hoje, pode-se afirmar que o importante na constituição de uma família é o afeto mútuo que deve existir entre os conviventes, que devem expressar publicamente a vontade de construir uma família juntos.

Palavras-chave: União Estável Homoafetiva. Família. Constituição Federal.

ABSTRACT

This monograph seeks to address the recognition of common-law marriage between same-sex couples, from the perspective of constitutional rights and guarantees, the evolution of the family and its new design, being the stable no longer exclusive to heterosexual couples, because the family is formed by ties of affection between the parties. He was made a historical overview what demonstrated to be customary for some ancient civilizations, sexual relations between persons of the same sex especially among men, yet these relationships were seen by many as illegal: but now the homoaffective is gradually gaining transparency and so gaining ground in a society that was formed as a standard family exclusively by heterosexual couples. The Constitution of the Federative Republic of Brazil, has not for or against unions between same sex, it simply mutes. With the recent legalization of stable homoaffective by the Supremo Tribunal Federal (STF), homosexual couples are allowed to officiate at the marriage in a civil registry Office and ensure the couple living together in their fullness. With the advent of the recognition of unions today can say that what is important in establishing a family is the mutual affection that should exist between living together, they should publicly express the desire to build a family together.

Keywords: Stable marriage homoaffective.Family.Federal Constitution.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC - Código Civil

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

Art. - Artigo

STJ - Superior Tribunal de Justiça STF -Supremo Tribunal Federal

CF - Constituição Federal

CRFB - Constituição da Republica Federativa do Brasil

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1 ASPECTOS HISTÓRICOS

1.1 CARACTERÍSTICAS DA UNIÃO ESTÁVEL

1.1.1 UNIÃO ESTÁVEL E OS EFEITOS PATRIMONIAIS

A FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO

O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA

O DIREITO E COSTUMES

ATIVISMO JUDICIAL

2 HOMOAFETIVOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

PRINCÍPIO DA IGUALDADE

3 FAMÍLIA HOMOAFETIVA

3.1 CONCEITO

RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

OS DIREITOS QUE OS HOMOSSEXUAIS ADQUIRIRAM COM A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

5 CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

ANEXO

ANEXO A – EMENTA ADPF 132/RJ

ANEXO B – RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378.

1 INTRODUÇÃO

O recente trabalho abordou a nova formação da família brasileira que foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que é a união estável homoafetiva.

Juridicamente, não há legislação relacionada que coíba a união estável entre pessoas do mesmo sexo, contudo, não existe uma legislação que corrobore explicitamente. Toda pessoa tem o direito de instituir uma família, levando em conta itens verdadeiramente proeminentes não exclusivamente constrictos a sexualidade dos casais. Vale salientar que o artigo 1.723 do Código Civil dispõe sobre a união entre homem e mulher e não é extensivo a pares do mesmo sexo, no entanto passou a ser aplicado por analogia aos pares homoafetivos.

Sabe-se que o conceito de família evoluiu com o passar dos anos. Antes, a união estável era exclusiva dos casais heterossexuais. A família que se constituía exclusivamente pelo casamento mudou, hoje existem novos moldes de família e, dentre as varias transformações ocorridas, pode-se destacar o surgimento e o reconhecimento de novas entidades familiares, como as famílias formadas a partir da união estável, as famílias monoparentais e família unipessoal.

A afetividade ganha proeminência na nova configuração de se compor família, em que o que importa não são apenas os laços sanguíneos, mas sim os laços de afeto que abarcam as pessoas. A acepção de família carece ser reelaborada, perante as mutações por que atravessou a sociedade.

Neste conjunto, vislumbra-se a união estável homoafetiva, fato que se exhibe cada vez mais contemporâneo no dia-a-dia da sociedade. Contudo, trata-se de um assunto bastante permeada de convencionalismos que ainda existem inerentes na mente humana com semelhança à escolha sexual, avaliada como diferente, frente a pessoas que optam pela união afetiva e sexual com pessoas do mesmo sexo.

A homoafetividade surge adquirindo cristalinidade, e aos poucos, consentimento social. Cada vez mais, os homossexuais estão admitindo sua orientação sexual e buscando a concretização de uma aspiração de uma estrutura familiar.

A convivência familiar não é somente um ato jurídico, mas, sobretudo um ato de amor, aonde, a afetividade, junta pessoas de mesmo sexo, com o desígnio de estabelecer um novo modelo de família que não é pautado nas relações heterossexuais (homem e mulher).

Assim, assumindo suas relações perante a sociedade, os homoafetivos estão mostrando uma família com estrutura diferenciada que existe na sociedade e que é tratada

com preconceito pela maioria da população. Destarte, temos como objetivo geral neste trabalho, avaliar juridicamente a união estável homoafetiva, mostrando como se deu essa transformação ao longo do tempo. Seguindo a mesma linha, os objetivos específicos consistem em um breve relato sobre os aspectos históricos da união estável, averiguar as conseqüências jurídicas que permitem a formalização da união estável e se a carência de regulamentação legal para a formalização da união fere os direitos constitucionais deste grupo.

Frente a essa nova questão, não se pode deixar de lado, ou simplesmente fingir que as relações homoafetivas não existem, pois isso prejudicaria um direito inerente a todo ser humano, que é a liberdade.

Com a apressada alteração do mundo, velhos julgamentos cedem espaço a novos; códigos ancestrais acerca das relações humanas pulverizam-se perante a busca da felicidade completa, conduzindo os seres humanos a liberdade de opção de seus companheiros sexuais.

Este trabalho foi dividido em três partes: na primeira parte foi feito um levantamento acerca dos aspectos históricos sobre a família, sua evolução, sobre a união estável e as mudanças que ocorreram ao longo do tempo; a segunda parte foi analisar os direitos e garantias fundamentais frente a essa nova formação familiar, e por fim o reconhecimento da união estável homoafetiva, pelo STF.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA UNIÃO ESTÁVEL

A união entre homem e mulher sem as bênçãos do casamento existe desde a antiguidade, porém esta união possuía o nome de concubinato, que foi usado até pouco tempo, e recentemente foi adotada a nomenclatura de união estável, que hoje define os casais que constituem família, mas não oficializaram o relacionamento. Contudo é importante ressaltar que concubinato e união estável são institutos diferentes e serão diferenciados ao longo do trabalho.

Entretanto, o concubinato era usado para definir relacionamentos entre homens casados e mulheres solteiras, ou entre pessoas que não podiam contrair novas núpcias e acabavam por se relacionar sem a instituição do casamento.

Até o ano 1977 não existia o divórcio e a única modalidade de separação que existia era o desquite e este não dissolvia a sociedade conjugal o que acabava impedindo novo casamento, porém quando o matrimônio era rompido por morte ou separação dos companheiros, demandas começaram a bater as portas do judiciário e em face de tantas queixas por parte dos casais a justiça passou a reconhecer a sociedade de fato. Entretanto, com a evolução dos costumes, as uniões extramatrimoniais foram recebendo aceitação da sociedade, o que levou a Constituição a dar um novo conceito à união estável que culminou por ter título de entidade familiar, abrangendo o conceito de família e protegendo os relacionamentos que não eram constituídos pelo casamento (DIAS, 2010, p. 155).

O art. 1.723, do Código Civil dispõe que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” No entanto, a lei não exige que o casal resida sob o mesmo teto.

Foi na Constituição Federal de 1988 que as famílias formadas sem a instituição do casamento receberam o nome de união estável e a proteção do Estado. O art. 226 §3º da Constituição Federal tem em sua redação: “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”(DINIZ, 2008, p. 245).

A Carta Magna em seu texto deu a oportunidade para todos os casais que vivem em união estável, sem impedimentos para o casamento, se adequarem a lei e assim receber proteção jurídica do Estado.

CARACTERÍSTICAS DA UNIÃO ESTÁVEL

Seguindo a mesma linha de raciocínio da doutrina majoritária, é necessário para um melhor entendimento sobre a união estável diferenciar à definição dos termos: concubinato, união estável e sociedade de fato, ressaltando que alguns conceitos foram alterados ao longo dos anos:

- a) O concubinato seria a convivência entre homem e mulher como se fossem casados, alguns julgados se referem ao concubinato de tal maneira, solucionando controvérsias partindo dessa premissa. Porém há quem defina o concubinato como a relação de homem casado com outra mulher. A distinção básica está no seguinte: concubina é a amante, mantida sob a clandestinidade pelo homem casado, que não deixa a família. Companheira é a parceira com quem o homem casado entabula uma relação estável, depois de separado de fato da esposa;
- b) A união estável é a relação de convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família;
- c) A sociedade de fato é constituída por pessoas com o interesse recíproco em contribuir com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e partilha entre si.

A expressão concubinato, que em linguagem corrente é sinônima de união livre, a margem da lei e da moral, tem no campo jurídico mais amplo conteúdo. Para os efeitos legais, não apenas são concubinos os que mantêm vida marital sem serem casados, senão também os que contraíram matrimônio não reconhecido legalmente, por mais respeitável que seja perante a consciência dos contraentes, como sucede com o casamento religioso; os que celebrarem validamente no estrangeiro um matrimônio não reconhecido pelas leis pátrias; e ainda os que vivem sob um casamento posteriormente declarado nulo e que não reunia as condições para ser putativo. Os problemas do concubinato incidem, por conseguinte, em inúmeras situações, o que contribui para revesti-los da máxima importância (ERRAZURIZ *apud* GONÇALVES, 2008, p. 539-540).

Hodiernamente a união estável, não se encontra mais a margem da lei, ela foi recepcionada pelo ordenamento jurídico, no entanto a dissolução do vínculo conjugal pode ser feita a qualquer tempo.

Para Diniz (2008, p. 367-395), é necessária a presença dos seguintes elementos:

- a) A diversidade de sexos, pois não haverá somente sociedade de fato; Ausência de casamento civil válido e de impedimento matrimonial entre o casal, o que não se aplica a pessoas separadas de fato ou judicialmente;
- b) Notoriedade de afeições recíprocas, a relação pode ser discreta, desde que a mesma seja de conhecimento das pessoas de convívio íntimo do casal;
- c) Honorabilidade deve haver respeito recíproco e a vontade de constituir família;
- d) Fidelidade ou lealdade deve haver entre os conviventes a aparência do estado de casado, a relação deve ser monogâmica;
- e) Coabitação mesmo que haja entre os conviventes a separação material.

Para Dias (2010, p.186) a união estável tem como características: “a convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituir família.”

Apesar de a lei utilizar a palavra *público*, o que se exige é a notoriedade, a publicidade será aferida a partir da notoriedade da relação no meio social que é freqüentado pelos companheiros. Não há determinação de tempo para que seja caracterizada a união estável, não podendo a relação ser efêmera e nesse aspecto é exigida a durabilidade e continuidade da relação, onde a unicidade é percebida através do enlace afetivo.

A união estável, para que seja reconhecida como entidade familiar, deve preencher os requisitos do art. 1.723 do CC, pois família não é instituto exclusivo de pessoas que contraíram matrimônio, é importante lembrar que a lei facilita a conversão da união estável em casamento.

Para Venosa (2008, p. 21-45), a união estável reconhecida como entidade familiar, tem duas interpretações distintas: a primeira é no sentido de entendermos o companheirismo como equiparado ao casamento, que os direitos da união estável são os mesmos aplicados ao casamento e que deve ser regulada por norma futura; o outro argumento é de que não faz sentido converter união estável em casamento, pois não há razão para converter uma na outra já que são consideradas iguais. Contudo a natureza jurídica do casamento e da união estável é diversa, o casamento é negócio jurídico e a união estável é fato jurídico. A experiência social demonstra que há uniões solidas, duradouras e notórias sem que o casal resida sob o mesmo teto. O próprio casamento pode ter uma separação material por motivos diversos. Na relação de unicidade dos companheiros a ideia central é no sentido de que a pluralidade de relações pressupõe a instabilidade.

O casamento e a união estável são dois institutos diferentes e assim deve ser tratados. O casamento é um ato formal, solene, que gera efeitos a partir da data que foi celebrada a cerimônia. A união estável, para que seja reconhecida como entidade familiar,

deve ser comprovada, seguindo os requisitos previstos em lei, não há tempo mínimo definido para que se possa alegar a união estável.

Para Diniz (2008, p. 367-395) a união estável pode ser pura e impura. Será pura quando: se apresentar como uma união duradoura, sem casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária.

Assim, vivem em união estável ou concubinato puro: solteiros, viúvos, separados extrajudicialmente ou judicialmente ou de fato. No novo Código Civil, a doutrina e a jurisprudência têm admitido efeitos jurídicos à união estável e separado de fato por ser uma realidade social.

O concubinato impuro se dá: nas relações não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de se casar. No concubinato há um panorama de clandestinidade que lhe retira o caráter de entidade familiar, visto que não pode se converter em casamento. O concubinato puro foi reconhecido pela Constituição Federal de 1988 como entidade familiar. No entanto, é fundamental esclarecer que a família não se funda exclusivamente no matrimônio.

1.1.1 UNIÃO ESTÁVEL E OS EFEITOS PATRIMONIAIS

Nas relações matrimoniais existem direitos e deveres, entre eles estão à vida em comum, no mesmo domicílio, na união estável não há essa imposição, não é necessário viver sob o mesmo teto, o que é imposto é o dever da lealdade entre ambos.

A sociedade de fato é algo que se constitui entre pessoascasadas ou não, que de algum modo tenha contribuído para a constituição de algum patrimônio. Isso pode se dá entre sócios em sociedades sem personalidade jurídica, entre condôminos, entre colegas de trabalho, entre companheiros, entre concubinos.

Para Venosa (2008, p. 21-45) foi a sociedade que instituiu o casamento como regra de conduta e a partir dessa premissa surge à problemática da união conjugal sem casamento, haja vista que o legislador não reconhecia e não dava a união estável efeitos jurídicos e afirmava que o casamento era a única forma de constituir família, tal posição foi fortemente influenciada pela igreja católica e coube aos doutrinadores se posicionarem a favor dos concubinos, o que culminou com a jurisprudência reconhecendo os direitos obrigacionais dos concubinos após o desfazimento da sociedade conjugal, que determinou a partilha dos bens comuns do casal, o patrimônio que foi adquirido em conjunto com o companheiro (a) e

quando não era possível a meação havia uma indenização para a concubina, por prestação de serviços domésticos.

O estado civil é definido como uma qualidade pessoal, que decorre dos reflexos que produz em questões de ordem pessoal e patrimonial. Com o casamento ocorre à alteração do estado civil dos noivos, que passam a condição de casados, já a união estável não tem um elemento constitutivo de seu início, mas não deixam de produzir efeitos jurídicos, vale salientar que os bens adquiridos durante a convivência pertencem ao par. Qualquer nubente pode acrescentar seu sobrenome ao do outro também na união estável (DIAS, 2010 p. 185).

Na união estável os conviventes não têm a liberdade de escolher o regime de bens, tal escolha é feita pela lei, que outorga o regime da comunhão parcial de bens. Na comunhão parcial de bens, todos os bens adquiridos na constância da união são considerados frutos do trabalho em comum do casal e há a presunção de que foram adquiridos através de colaboração mútua e assim passa a pertencer a ambos em partes iguais de tal forma o bem se torna propriedade comum devendo ser partilhado pela metade na dissolução do vínculo. Vale salientar, mesmo que o bem esteja em nome de apenas um dos conviventes a propriedade não é exclusiva.

Com a união estável há a co-titularidade patrimonial mesmo que apenas um dos conviventes tenha adquirido o bem, o titular não poderá alienar o bem, haja vista que se trata de bem comum. Porém não há determinação legal para que os bens adquiridos tenham o nome de ambos os conviventes e não constitui vício. No entanto, vale ressaltar que a vantagem da união estável frente ao casamento nos casos dos conviventes com mais de 60 anos (um ou ambos). Pois quem contrai núpcias após essa idade não tem o casamento com efeitos patrimoniais; nestes casos a lei obriga os nubentes ao regime de separação total de bens, como uma forma de proteger o patrimônio das pessoas que contraem núpcias em idade avançada (DIAS, 2010, p 187).

A união estável, diferentemente do casamento, não possui uma data de início. Entretanto, quando a relação chegar ao fim, caberá aos conviventes provar os bens que foram adquiridos na constância da união para que se possa fazer a partilha dos bens. Vale ressaltar, que mesmo que apenas um dos conviventes tenha comprado ou adquirido bens sem a ajuda financeira ou não do outro, os bens serão divididos em partes iguais, haja vista que o regime da comunhão parcial de bens foi imposto para a união estável.

Assevera Dias (2010, p. 175), “que todos os bens amealhados durante a constância do relacionamento são considerados fruto do trabalho comum do casal. Presume-se que foram adquiridos por colaboração mútua, passando a pertencer a ambos em partes iguais”.

É instalado um estado de condomínio entre o par, que chamado de mancomunhão. A presunção de propriedade do titular do registro não é mais absoluta, e o companheiro é patrimonialmente equiparado ao cônjuge, ou seja, o bem passa a ter propriedade comum, devendo ser partilhado por metade, caso haja a dissolução do vínculo.

Todavia, que vive em união estável e adquire algum bem, mesmo que em nome próprio, não é seu titular exclusivo, pois a propriedade de um não afasta a co-titularidade do outro.

No entanto bens recebidos por herança, por doação ou mediante sub-rogação legal, são comunicáveis e admitem prova em contrário. Nos casos em que a união estável não for reconhecida, mas seja comprovada a aquisição de bens, durante o período em que estiveram juntos, os conviventes dispõe de valor indenizatório correspondente a metade do valor. A união e seus efeitos patrimoniais só findam pela cessação da vida em comum.

Como o direito sobre a propriedade é comum aos conviventes, mesmo que apenas um deles tenha batalhado para adquirir o bem, a pessoa que tem o domínio sobre o bem não pode aliená-lo, haja vista se tratar de bem comum. Vale salientar que não é necessário que se faça a co-propriedade dos bens adquiridos, porém cada um irá responder pelas suas dívidas separadamente.

No entanto para alguns autores a obrigatoriedade do regime da comunhão parcial de bens é relativa, pois não é necessário que essa contribuição seja exclusivamente pecuniária, pode ser com o cuidado da casa, a criação dos filhos.

A FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO

Existem várias referências quanto ao surgimento da família. Porém há os padrões generalizados que sempre foram aceitos nas sociedades antigas e continuam sendo aceitos hodiernamente. Entretanto o diferente sempre se fez presente.

Em seu manual de direito de família Diniz (2009, p. 19), expõe que os povos ocidentais tenham vivido por longo período sob a forma patriarcal. No entanto, é pouco provável que a mulher tenha se dedicado exclusivamente a direção do lar. A família romana era o padrão institucional de família no ocidente e a família brasileira do século passado, particularmente, se assemelhava ao modelo romano e ainda hoje, guarda resquícios daquela. Em Roma a família era regida sob o princípio da autoridade.

O pater era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (penates) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia "in loco filiae", totalmente subordinada à autoridade marital (*in manum mariti*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por "capitis deminutio" perpétua que se justificava "propter sexus infirmitatem et ignorantiam rerum forensium". Podia ser repudiada por ato unilateral do marido. (DINIZ, 2009, p. 20)

Nota-se que todos os membros da família eram subordinados ao pater, ao chefe da casa e a mulher era o membro que mais sofria com isso, pois nunca adquiria liberdade, autonomia, pois ela não possuía direitos.

Destarte, fica claro que a família era constituída por membros ligados por laços de sangue e aos laços afetivos não era dado muita importância. Mas a sociedade toma novos contornos com o passar do tempo e nos dias de hoje é possível encontrar facilmente as mais variadas formações familiares.

A perpetuação da espécie é comum a todos os seres vivos, pois é comum as espécies se organizarem em grupos e as formações em pares ocorreu de maneira natural, que deu origem as primeiras formações sociais.

O intervencionismo estatal levou à instituição do **casamento**: convenção social para organizar os vínculos interpessoais, a própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar. A sociedade, em determinado momento histórico, instituiu o casamento como regra de conduta. Essa foi a forma encontrada para impor limites ao homem, ser desejante, na busca do prazer, tende a fazer do outro um objeto. É por isso que o desenvolvimento a civilização impõe **restrições à total liberdade**, e a lei jurídica exige que ninguém fuja dessas restrições (DIAS, Maria Berenice. 2010, p. 27-28).

A lei tenta impor uma monogamia, para as pessoas que decidem constituir família através do casamento, porém vale salientar que a família acontece de forma natural, espontânea e é base da sociedade moderna atual.

Na sociedade atual, apesar de todas as evoluções e modificações que ocorreram na estrutura familiar ao longo do tempo, a formalização da união entre duas pessoas com a intenção de constituir família, tem ainda no casamento a principal forma de reconhecimento como instituição familiar.

O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA

Com a evolução da sociedade a família assumiu novos moldes, deixando de lado o princípio da autoridade e passou a se fundar no amor. A família foi reduzida a pais e filhos.

O pai passou a exercer o poder baseado nos interesses da prole, o poder que o marido exercia sobre a mulher foi se esvaindo e os filhos passaram a poder adquirir bens, o marido não podia mais dispor dos bens da forma como bem entendesse.

Para Dias (2010, p. 175) afetividade não é apenas privilegio dos seres humanos. O instinto de perpetuação da espécie é comum aos seres vivos. Sendo natural a ideia de que as pessoas só possam encontrar a felicidade a dois, como se uma pessoa sozinha não pudesse ser feliz. No entanto o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, integrar esperanças, valores e sentir por isso a realização do seu projeto de felicidade.

A família é um fato natural de indivíduos que se agrupam de forma espontânea no meio social e tem sua estrutura formada através do direito. Todavia a família juridicamente regulamentada nunca é multifacetada como a família natural. Pois esta preexiste ao Estado e se encontra acima do direito. As modificações da sociedade acabam por se refletirem na lei.

A família é fruto de uma construção social que se reflete na lei por meio de regras culturalmente pré-estabelecidas, que são determinadas pelos modelos de comportamento. Todos possuem seu lugar na família – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, - que não precisam estar ligados biologicamente. É essa a estrutura familiar que interessa ao direito. A sociedade dá-se pela estrutura familiar, não em torno de grupos ou de indivíduos.

O casamento foi determinado pela sociedade como regra de conduta. Foi à maneira encontrada para impor limites ao homem, que em sua busca pelo prazer acaba por fazer do outro um objeto. (DIAS, 2010, p. 27).

Porém nas sociedades conservadoras, os vínculos afetivos só serão aceitos juridicamente e pela sociedade se as pessoas que pretendam constituir família se unam sob o rito sagrado do matrimônio. A família formava uma verdadeira comunidade, rural, onde seus integrantes formavam a força do trabalho e tinha amplo incentivo à procriação.

O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos os seus membros. Porém a revolução industrial fez com que a mão-de-obra se fizesse mais necessária, principalmente nas atividades terciárias. E assim a mulher foi inserida no mercado de trabalho e o homem deixou de ser a única fonte de renda da família, e assim a familiar se

tornou nuclear, restrita ao casal e seus filhos. As famílias começaram a migrar para as cidades e passaram a residir em locais menores.

Após a revolução industrial as famílias ficaram com sua formação mais próxima dos moldes que conhecemos hoje; foi quando os membros da família começaram a dar importância aos vínculos afetivos. (DIAS, 2010, p. 27-28).

A família do século XXI é mais liberal, mais aberta ao diálogo, não tão presa as tradições. Houve uma nova adequação da sociedade aos padrões e familiares, com as mudanças que ocorreram ao longo do tempo.

DIREITO E OS COSTUMES

A ética, a moral e o direito, são institutos diferentes, no entanto estão interligados e é fundamental fazer a diferenciação destes institutos.

A ética é um conjunto de regras e princípios morais, que devem ser respeitados, por todos.

Moral são as regras impostas, que envolvem os bons costumes que devem ser seguidos pelos homens que vivem em sociedade.

O direito é moldado pela sociedade, é um conjunto de normas, que estabelece limites para a vida harmônica em sociedade.

As sociedades democráticas têm em seu direito, bases fundadas na moral, nos bons costumes. Não há direito sem moral, mas sim um direito que assuma na sua base, uma moral crítica. O sistema constitucional estatui tratamento igualitário, o respeito à dignidade da pessoa a liberdade moral dos cidadãos; é um sistema jurídico que tem uma moral crítica. Distinguindo-se dos antigos regimes autoritários dos últimos séculos. As práticas sociais podem ser autoritárias, no entanto o direito deve servir como um antídoto contra tais práticas.¹

É fácil notar a influência da moral no Direito, por exemplo, em institutos como o casamento – no direito de família – e em tipos penais, como eram muitos dos denominados “crimes contra os costumes”, os quais têm origem comum em sentimentos morais e religiosos. A afirmação peremptória de que o discurso jurídico não pode, sob nenhuma condição, incorporar razões morais para justificar proibições, permissões ou formatar instituições mostra-se equivocada, caso contrário a própria referência constitucional ao princípio da moralidade, ADI presente no artigo 37, cabeça, da Carta Federal, haveria de ser tachada de ilegítima. Essa constatação, porém, não afasta outra: é incorreta a prevalência, em todas as esferas, de razões morais ou religiosas. Especificamente quanto à religião, não podem a fé e

¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas**. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452005000100004&script=sci_arttext> acesso em 06/11/2011.

as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual.²

Todavia a moral de uma sociedade não deve ser dedicada apenas a maior parcela da população, excluindo as minorias, com um modelo tradicionalista preconceituoso. Pois, não pode-se dizer que uma pessoa homossexual não possui moral ou ética, fundada apenas na sua orientação sexual.

O que deve haver em um Estado democrático de direito é assegurar que o direito entre os indivíduos coexistam, para que o direito de um não venha a ferir o direito do outro.

ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é invocado quando o magistrado considera que deve interpretar a constituição de maneira a garantir direitos, é quando o juiz cria uma nova norma no ordenamento jurídico ou inova sobre determinado assunto.

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público (BARROSO 2010, *apud*. ALMEIDA 2010).

No ativismo judicial o magistrado deixa de atuar como um mero aplicador de leis e passar a tratar de assuntos importantes, assuntos esses que dizem respeito às minorias, que são esquecidas pelos legisladores, pois estes preferem agradar uma maioria e assim deixar ao desamparo da lei uma parte da população.

²VOTO Ministro Marco Aurélio. p. 6-7 Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>> acesso em 05/12/2011.

2 HOMOAFETIVOS E A CONSTITUIÇÃO

Para alguns doutrinadores a união estável homoafetiva em nada difere da união estável heterossexual, no entanto a Constituição assegurou de modo expresso a juridicidade apenas aos casais formados por homem e mulher. A Carta Magna assim deixa de conferir aos pares do mesmo sexo, o instituto da família e a proteção do Estado, o que configura desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É necessário que as pessoas se dispam do preconceito e enfrentem essa realidade sem discriminação, haja vista que a homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre.

Não se pode condenar alguém por sua orientação sexual, pois negar a realidade não faz desaparecer questões que estão rompendo os paradigmas sociais convencionais (DIAS, 2010).

A Constituição Federal viu a necessidade de reconhecer a existência de relações afetivas fora do casamento. E assim concedeu proteção a famílias formadas pelo pai ou a mãe e sua prole, bem como a união estável entre homem e mulher. O compromisso do Estado para com o seu cidadão é fundado no princípio da igualdade e da liberdade. Pois ao conceder proteção a todos, veda discriminação e preconceito de qualquer natureza (DIAS, 2010).

Confundir a ordem jurídica com a ordem aceitável pela maioria deixa de lado um dos aspectos fundamentais da democracia como a proteção aos direitos das minorias. O direito como uma ordem moral tradicional não é dizer que algo não é aceitável porque vai contra a índole tradicional de grupos que ignoram o caráter prescritivo e contra fático de qualquer norma. Misturar religião e Estado também não pode ser motivo para anular os direitos das minorias, pois a ordem jurídica de um Estado democrático não se funda em princípios religiosos e é equivocado apelar para conceitos de direito natural e de natureza, pois o direito natural não é um conjunto de ordens, mas sim uma organização da condição social da vida.³

A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção. Esses princípios, no âmbito familiar, são consagrados em sede constitucional. Todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir família. A isonomia de tratamento jurídico permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal. Também, na união estável, é a isonomia que protege o patrimônio entre personagens que disponham do mesmo *status familiae* (DIAS, 2010, p. 64).

³ O conteúdo deste parágrafo foi baseado em: LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas.** Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452005000100004&script=sci_arttext> acesso em 06/11/2011.

O Estado não pode escolher a quem vai proteger juridicamente, deixando misturar elementos como a religião, influenciar a criação de suas leis, pois o Estado é laico e não deve ser permitido que ele exclua as minorias da sua tutela jurídica por elementos que não fazem parte do ordenamento jurídico, haja vista a liberdade de expressão, não há imposição de crença a nenhum cidadão, em troca de benefícios da lei.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio mor formador do Estado democrático de direito e é o primeiro artigo da Constituição Federal.

O constituinte sagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional, graças ao interesse em ter como preocupação a promoção dos direitos humanos e a justiça social. O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios, é de onde se irradia os princípios: da liberdade, da autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, e vários princípios éticos. Os efeitos desse princípio ultrapassam o ordenamento jurídico, se fazendo presente também nas relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade. A pessoa foi colocada no centro protetor do direito (DIAS, 2009, p. 59).

O princípio da dignidade da pessoa humana está entranhado em todo o direito, é o elemento da ordem constitucionalizada. Logo, é tido como um super princípio constitucional, onde se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição (ROCHA, 1999 apud MACIEL, 2007).

O Estado tem o dever de zelar pelo seu cidadão, portanto o princípio da dignidade da pessoa humana não limita o poder do Estado. Entretanto no que tange ao direito de família o Estado não deve interferir nas relações afetivas quanto a sua duração ou exigir das partes que estas exponham seus motivos para o fim da relação amorosa.

A dignidade é valor espiritual e moral, inerente à pessoa humana, que conduz um sentimento de respeito consciente e responsável da vida e pelos seus pares. Tratar com dignidade uma pessoa é mostrar respeito ao próximo e a si mesmo, assegurando uma vida saudável de respeito e moralidade. A dignidade da pessoa humana está ligada à moralidade, valores inerentes a pessoa humana. A responsabilidade social se entrelaça com estes direitos fundamentais. Para se ter dignidade, é necessário que o cidadão esteja incluso na

sociedade, dentro dos padrões considerados básicos para suprir suas necessidades, ter cidadania, ter assim, seus direitos preservados (MACEDO, 2009).

Vale salientar que a sexualidade faz parte do ser humano, pois decorre da sua natureza, é um direito natural, inalienável e imprescritível, pois o tratamento igualitário independe de tendência afetiva (DIAS, 2009, p. 184).

O princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano (DIAS, 2010, p. 63).

O princípio da dignidade da pessoa humana foi sendo alcançado aos poucos, ao longo dos séculos. Esse princípio se confunde com as conquistas do homem, como a liberdade de expressão, como o estado democrático de direito e a igualdade. Foram anos de lutas e reivindicações, para que o princípio acima citado fosse um direito dos cidadãos. No Brasil, a dignidade da pessoa humana, passou a ser efetivado na Constituição Federal de 1988, no *caput* do art. 5º, que dispõe: “Todos são iguais perante a lei, ***sem distinção de qualquer natureza*** (grifo nosso), garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”

A dignidade da pessoa humana está construída com o princípio matriz da CF, onde não há unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se como cânone constitucional que congrega as exigências de justiça e dos valores éticos atribuiu suporte axiológico ao sistema jurídico brasileiro. É no valor que possui a dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio caminho, tendo definido seu ponto de partida e de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se então, a dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o direito internacional e interno (MACIEL, 2007).

A Constituição veda expressamente qualquer ato discriminatório, de qualquer natureza, ou seja, é vedado praticar atos discriminatórios de toda espécie, seja pela cor, pelo sexo, pela escolha sexual, por características físicas, o respeito deve ser recíproco, as pessoas não tem o direito de intervir nas escolhas alheias, ou mesmo criticá-las, querer mudar ou coibir as escolhas que os outros fazem.

PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade assegura a todos direitos iguais perante a lei, sem discriminação de qualquer natureza.

O princípio da igualdade dispõe em seu art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;” consagrado pela constituição atua em dois planos distintos, de uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações iguais.

Em outro plano, a obrigatoriedade ao interprete, basicamente, a autoria pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas, ou políticas, raça, classe social.⁴

Para Moraes (2005, p. 32), a igualdade se configura como uma norma transcendente de modo que toda situação de desigualdade persistente a entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstra compatibilidade como os valores que a constituição proclama. A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a CF quando verifica a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.

Para Lenza (2009, p. 679), não basta que se satisfaça a igualdade formal, é necessário também que se busque principalmente a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, nas medidas de suas desigualdades.

O que não pode ser permitido é que essas desigualdades se tornem fato gerador de inconstitucionalidades.

O sistema jurídico brasileiro assegura tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social. O principal objetivo é garantir igualdade, pois está ligada a idéia de justiça. Justiça formal identifica-se como igualdade formal, consistindo em conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento.

⁴ SOUZA, Esdras de Dantas. Princípio da igualdade. Disponível em <<http://abadireitoconstitucional.blogspot.com/2009/12/principio-da-igualdade.html>>. Acesso em 06/12/2011.

Aspira-se a igualdade material precisamente porque existem desigualdades. Se a justiça material ou concreta pode ser entendida como a especificação da igualdade formal no sentido de conceder a cada um segundo a sua necessidade; a cada segundo os seus méritos; a cada um mesma coisa. Na presença de vazios legais, o reconhecimento de direitos deve ser implementado pela identificação da semelhança significativa, por meio da analogia, que se funde no princípio da igualdade (DIAS, 2010, p. 65).

Segundo Moraes (2005, p. 31), todos os cidadãos têm o direito de tratamento igualitário pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Destarte, o que se veta são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o, tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência clássica do próprio conceito de justiça, pois que verdadeiramente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.

Quanto mais progredem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge o sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferença de sexo de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior.

No entanto, raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualificam de um modo único às múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias que produzem, ou conforme repercussão que têm no interesse geral.

Todas essas situações, inspiradas no grupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão do poder judiciário (DANTAS, 1948 *apud* MORAES 2005, p. 33).

3 FAMÍLIA HOMOAFETIVA

CONCEITO

Nos padrões comuns de família, ela é descrita como uma relação entre homem e mulher, unidos pelos sagrados laços do matrimônio. Essa ideia de casamento é tão ultrapassada que o legislador quando se referiu ao casamento não mencionou sequer a diversidade de sexo do casal. Portanto, como não há proibição legal ou constitucional do legislador, não impedimento legal para a união entre pessoas do mesmo sexo.

O preconceito no que tange as relações entre pessoas do mesmo sexo ainda existe e tem uma presença marcante na sociedade, pois há um repúdio moral com raízes que possuem uma origem religiosa. Para Dias (2009, p. 182-183), as pessoas estão sempre em busca da felicidade e ingressam em novos amores com novos laços afetivos, mesmo que afronte as regras estabelecidas pelo Estado e não se prendem a ideia de que só se encontra o amor nos relacionamentos heterossexuais.

Isso demonstra que os vínculos afetivos são mais fortes que as barreiras impostas pela sociedade, pois não há como controlar o coração. As relações homossexuais surgiram com a história do homem e não há nada de ilícito, anormal, contagioso, é apenas outra forma de amar. Não se sabe ao certo a origem do homossexualismo e não há aqui a intenção de investigá-la (DIAS, 2010).

A igreja usou o casamento como uma alargadora da fé cristã, com o seu: cresci e multiplicai-vos. O que fez com que a Igreja repudiasse os pares do mesmo sexo por causa da sua infertilidade, o que deixou esses pares excluídos da sociedade.

O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os homoafetivos, assim como outros grupos de minorias reivindicam e lutam pelos seus direitos. A concessão do direito de constituir família reconhecida já vinha sendo concedido através de decisões isoladas dos tribunais federais, gerando jurisprudências, o que fez com que vários casais homoafetivos passassem a viver em união estável.

No entanto, o reconhecimento dado a esses casais não sana, pelo menos, não ainda, os possíveis atos discriminatórios que essa minoria ainda pode vir a sofrer. Contudo,

essas pessoas não podem e não devem se esconder ou tentar disfarçar quem são, pois isso fere a liberdade de expressão inerente a todos os cidadãos, garantida pela constituição.

A concessão desse direito assegura a equivalência de direitos civis que não podem ser negados a uma minoria, pelo simples fato da não aceitação da orientação sexual, por parte de uma parcela da população que tem seus direitos garantidos, pois todos são dignos da proteção do Estado, independentemente de sua orientação sexual.

Mesmo antes de o Supremo Tribunal Federal reconhecer por unanimidade a união estável homoafetiva, várias decisões judiciais já vinham reconhecendo essas uniões como famílias de fato e de direito, aplicando-se por analogia a legislação da união estável.

O Ministro Ayres Britto, Relator da ação na ADPF nº 132-RJ e na ADI nº 4.277-DF, em seu voto, enfatiza a reciprocidade de sentimento ao próximo, repudiando o preconceito e a discriminação, e exalta a equiparação de direitos subjetivos dos homossexuais, afirmando que há poucas coisas que incomodem tanto outras pessoas como a opção sexual, quando esta foge aos padrões da sociedade ditos normais, pois as pessoas ainda se revestem de uma postura conservadora, quando essas pessoas se desprendem das amarrações dos padrões sociais e entregam-se ao afeto e passam a obedecer somente ao coração.

O Ministro deixa claro que tal união deve ter durabilidade o suficiente para que possa haver a constituição de um novo núcleo familiar, que tenha sua existência expandida de fronteiras temporais, que haja vínculos entre os pares, de caráter privado, mas que seja deixado de lado o interesse econômico, empresarial ou patrimonial, para que esta deixe de lado a sociedade de fato e assumam apenas um interesse mercantil. Assim sendo, relação deve ser tratada com espontaneidade, fazendo com que seja experimentada numa vida a dois, que se alongue e torne-se universal. No entanto, em seu voto o ministro Ayres Britto, enfatiza deixando claro que o mérito das ações foram constitucionais.

O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional contrária, não deve ser motivo de desigualdade jurídica, do contrário se fará de forma preconceituosa em razão de sexo dos seres humanos, haja vista que tal tratamento discriminatório e desigualitário sem causa confrontam com o objetivo constitucional em promover o bem de todos.⁵

Vale salientar que o sexo nada tem haver com o merecimento ou desmerecimento da pessoa, pois o fato de ter nascido homem ou mulher não torna ninguém mais digno, como também não importam as origens ou a cor.

⁵VOTO, Ministro Ayres Britto (2011, p. 1-4)
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>>

merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.⁶

O art. 1.723 do Código Civil, diz claramente que a união estável podia ser formada exclusivamente entre homem e mulher. Enquanto a CF/88 se refere às características, como durabilidade, publicidade, continuidade, desde que seja público e notório a intenção de constituir família.

calha anotar que o termo “homoafetividade”, aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra “União Homossexual, o Preconceito e a Justiça”, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: “Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se 'homossexualismo'. Reconhecida a inconveniência do sufixo 'ismo', que está ligado a doença, passou-se a falar em 'homossexualidade', que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais” (Homoafetividade: um novo substantivo).⁷

A palavra homossexualidade é carregada de preconceito e discriminação. A palavra homoafetividade foi um importante passo para que os indivíduos homossexuais deixassem de ser tratados como pessoas doentes, com algum distúrbio ou desvio comportamental.

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 um voluntário navegar por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a experimentação de um novo a dois que se alonga tanto que se faz universal. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois – é Platão quem o diz -, “quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia”. É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que “O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante”⁸

⁶ *Idem*, p. 7

⁷ *Idem*, p. 8

⁸ *Idem*, p. 9

O amor é que é o fator capaz de sustentar as relações humanas familiares, se tornando a principal força motivadora para que duas pessoas possam começar a construção de uma família.

A constituição quando se refere a sexo, é para fazer uma diferenciação entre homem e mulher, porém não se pode tratar de maneira diferenciada homens de mulheres de modo que isso venha a provocar uma desigualação jurídica entre indivíduos:

o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”.⁹

Promover o bem estar de todos, elimina quaisquer distinções em relação ao sexo das pessoas. É um valor atribuído pela constituição que deve refletir como forma positiva a fim de equilibrar a sociedade, o que remete a um constitucionalismo fraternal, voltado para a integração comunitária das pessoas, com a finalidade de viabilizar a extensão de políticas públicas que afirmem a igualdade-civil moral dos socialmente desfavorecidos a fim de que exista uma respeitosa convivência entre contrários. A diferença deve ser respeitada e que o conceito prévio comum, que as pessoas façam sobre as outras seja cauteloso, despido de preconceito, ou até mesmo inexistente.¹⁰

É que, na sua categórica vedação ao preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica das pessoas, à idade, à raça e à cor da pele de cada qual; isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, **pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem.** Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada. Cuida-se, isto sim, de algo já alocado nas tramas do acaso ou das coisas que só dependem da química da própria Natureza, ao menos no presente estágio da Ciência e da Tecnologia humanas.¹¹

O ministro enfatiza que as diferenças anatômicas entre homem e mulher se revelam a partir dos órgãos genitais e que este tem três funções elementares, que são a estimulação sexual, a conjunção carnal e a reprodução biológica. Sua definição não é

⁹*Idem*, p. 10-11

¹⁰*Idem*, p. 11

¹¹*Idem*, p. 13-14

exclusivamente mental ou relacionada ao sentimento, mas não raramente prevalece dele o ponto de partida para as relações afetivas.

Nada obstante, sendo o Direito uma técnica de controle social (a mais engenhosa de todas), busca submeter, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, as relações deflagradas a partir dos sentimentos e dos próprios instintos humanos às normas que lhe servem de repertório e essência. Ora por efeito de uma “norma geral positiva” (Hans Kelsen), ora por efeito de uma “norma geral negativa” (ainda segundo Kelsen, para cunhar as regras de clausura ou fechamento do Sistema Jurídico, doutrinariamente concebido como realidade normativa que se dota dos atributos da plenitude, unidade e coerência). Precisamente como, em parte, faz a nossa Constituição acerca das funções sexuais das pessoas.¹²

A constituição não versa sobre as funções sexuais das pessoas, ela deixa livre a subjetividade das pessoas para optar ou não pelo uso do seu aparelho genital como bem entender. Haja vista que a constituição fez opção pelo livre-arbítrio de cada pessoa, pois o silêncio normativo neste caso atua como respeito, pois é instintivo, natural, ou seja, a preferência ou orientação sexual das pessoas é natural.

Um tipo de liberdade que é um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do “Torna-te quem és”.

Uma busca da irrepetível identidade individual que, sentencia que a evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo. Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um plus ou superávit de vida. Não enquanto um minus ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano.¹³

A norma jurídica não trata separadamente da espécie feminina e da masculina, pois não faz distinção a cerca da sexualidade dos indivíduos, de forma a entender que não há uma conduta ilícita que possa ter como base a escolha da opção sexual de cada indivíduo.

¹²*Idem* p. 15

¹³*Idem* p. 18

Não pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua própria sexualidade. Implicando o silêncio normativo da nossa Lei Maior, quanto a essa prática, um lógico encaixe do livre uso da sexualidade humana nos escaninhos jurídicos fundamentais da intimidade e da privacidade das pessoas naturais. Tal como sobre essas duas figuras de direito dispõe a parte inicial do art. 10 da Constituição, verbis: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. Com o aporte da regra da auto-aplicabilidade possível das normas consubstanciadoras dos direitos e garantias fundamentais, a teor do §1º do art. 5º da nossa Lei Maior, assim redigido: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”.¹⁴

A liberdade e a igualdade resguardam aos cidadãos o direito a praticar livremente sua sexualidade, desde que aja respeito das partes, pois deve ser respeitada a liberdade sexual dos indivíduos.

A família é formada por um conjunto de fatores que estão ligados a sociedade, a religião, a cultura, não especificamente por fatores biológicos. A família é uma instituição privada que deve ser formada por pessoas adultas de forma voluntária que tem relação com o Estado e com a sociedade civil.

O matrimônio e a família são instituições construídas por práticas sociais. No entanto, se não é possível coibir a prática de determinados atos, deve-se, ao menos, controlar sua nomeação, ou seja, sua significação. Em vários países, vemos, recorrentemente, políticos declararem que são favoráveis ao reconhecimento das uniões homoafetivas, desde que, com a condição de que não sejam classificadas ou convertidas em casamento. As lutas pelo matrimônio e a família, que contrapõe o modelo tradicional e novas formas de conjugalidade e de parentalidade, são disputas pelo poder de nomear e ressignificar o real.¹⁵

Em seu voto o ministro Marco Aurélio relata o aumento no número de pessoas que buscam visibilidade e adquirir os mesmos direitos dos heterossexuais, haja vista que o Brasil está vencendo uma guerra desumana contra o preconceito, fazendo assim com que se fortaleça o Estado Democrático de Direito, provando o desenvolvimento social, pois não deve haver uma obediência cega a uma lei que seja injusta, com uma parcela dos seus cidadãos.

O reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões estáveis representa a superação dos costumes e convenções sociais que, por muito tempo, embalsamaram o Direito Civil, notadamente o direito de família. A união de pessoas com o fim de procriação, auxílio mútuo e compartilhamento de destino é um fato da natureza, encontra-se mesmo em outras espécies. A família, por outro lado, é uma construção cultural. Como esclarece Maria Berenice Dias (Manual de direito das famílias, 2010, p. 28),

¹⁴ *Idem*, p. 22

¹⁵ União estável homoafetiva: reconhecimento e reação. Disponível em <<http://www.amalgama.blog.br/05/2011/uniao-estavel-homoafetiva-reconhecimento-e-reacao/>> acesso 03/12/2011

no passado, as famílias formavam-se para fins exclusivos de procriação, considerada a necessidade do maior número possível de pessoas para trabalhar em campos rurais. Quanto mais membros, maior a força de trabalho, mais riqueza seria possível extrair da terra. Os componentes da família organizavam-se hierarquicamente em torno da figura do pai, que ostentava a chefia da entidade familiar, cabendo aos filhos e à mulher posição de subserviência e obediência. Esse modelo patriarcal, fundado na hierarquia e no patrimônio oriundo de tempos imemoriais, sofreu profundas mudanças ao tempo da revolução industrial, quando as indústrias recém-nascidas passaram a absorver a mão de obra nos centros urbanos. O capitalismo exigiu a entrada da mulher no mercado de trabalho, modificando para sempre o papel do sexo feminino nos setores públicos e privados. A aglomeração de pessoas em espaços cada vez mais escassos nas cidades agravou os custos de manutenção da prole, tanto assim que hoje se pode falar em família nuclear, em contraposição à família extensa que existia no passado.

Apesar de todas as transformações que ocorreram ao longo do tempo, transformações pelas quais a família passou, ainda existem resquícios do modelo antigo, patriarcal. O Código Civil de 1916 só concedia efeitos jurídicos, a família tradicional formada através do casamento e esse vínculo era indissolúvel, não existia o divórcio, havia apenas o desquite e este não permitia que após a dissolução da união os ex-conviventes não podiam contrair novas núpcias. As famílias que não eram formadas pelo casamento não existiam para o Estado. No entanto a transformação causada pela Constituição foi além do direito de família, isto é, houve uma filtragem constitucional dos institutos previstos na legislação infraconstitucional.¹⁶

A homoafetividade é um fenômeno que se encontra fortemente visível na sociedade. Como salientado pelo requerente, inexistente consenso quanto à causa da atração pelo mesmo sexo, se genética ou se social, mas não se trata de mera escolha. A afetividade direcionada a outrem de gênero igual compõe a individualidade da pessoa, de modo que se torna impossível, sem destruir o ser, exigir o contrário. Insisto: se duas pessoas de igual sexo se unem para a vida afetiva comum, o ato não pode ser lançado a categoria jurídica imprópria. A tutela da situação patrimonial é insuficiente. Impõe-se a proteção jurídica integral, qual seja, o reconhecimento do regime familiar.¹⁷

O afeto entre as pessoas do mesmo sexo jamais pode ser reprovável e desmerecedor da tutela do Estado, haja vista que este preconceito fere a dignidade da pessoa que está em busca, apenas da felicidade. O Estado também tem o dever de auxiliar os indivíduos em seus projetos de vida, que traduzam o livre e pleno desenvolvimento da personalidade.

É obrigação do constitucional de o Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos as relações homoafetivas. Entendimento contrário desrespeita os

¹⁶ Ministro Marco Aurélio. VOTO p. 11. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>> acesso em 05/12/2011>

¹⁷ Idem, p. 12

direitos e garantias fundamentais, nivelando por baixo o fenômeno social da intenção de pessoas do mesmo sexo, formar família, fosse irrelevante ou inexistente para a sociedade. O reconhecimento das uniões homoafetivas é extraído do núcleo da dignidade da pessoa humana.¹⁸

A ministra Carmem Lúcia dispõe em seu voto que a conquista de direitos é difícil e curiosa. A luta pelos direitos é árdua para as pessoas que batalham pela sua aquisição. E que para as gerações que chegaram com suas realidades conquistadas e asseguradas, essas lutas parecem uma banalidade. No entanto, ainda há um longo caminho a ser percorrido, para a conquista de novos direitos. Pois as minorias continuam a ser massacradas e discriminadas. A ministra afirma em seu voto que as uniões homoafetivas devem ser respeitadas e asseguradas pelo Estado, com base na norma para a qual se pede a interpretação conforme a constituição, sob o argumento de que definir a união estável entre homem e mulher e excluir outras opções contraria preceitos constitucionais fundamentais, como o princípio da liberdade, da intimidade da igualdade e da proibição de discriminação.

Pede-se seja obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da legitimidade da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.¹⁹

O neoconstitucionalismo é usado para combater todas as formas de preconceito, contra qualquer pessoa, haja vista que todas as formas de preconceito são merecedoras de repúdio, por parte de todos aqueles que se comprometem com a justiça e com a democracia. A escolha sexual dos indivíduos é íntima e pessoal e a constituição assegura a todos a manifestação da liberdade individual. Vale salientar que é o direito que está para a vida, não o contrário. As relações homoafetivas são uma realidade da sociedade contemporânea e não pode ser ignorada, haja vista, que a interpretação da constituição deve ser feita de maneira harmônica com as normas.

Não seria pensável que se assegurasse constitucionalmente a liberdade e, por regra contraditória, no mesmo texto se tolhesse essa mesma liberdade, impedindo-se o exercício da livre escolha do modo de viver, pondo-se aquele que decidisse exercer o seu direito a escolhas pessoais livres como alvo de preconceitos sociais e de discriminações, à sombra do direito.

¹⁸ *Idem*, p. 16

¹⁹ Ministra Carmem Lúcia, VOTO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CL.pdf>> acesso em 05/12/2011.

O princípio da dignidade humana é um princípio soberano, que zela pela integridade física e moral do indivíduo que é tutelado pelo Estado e toda discriminação é repudiada pela constituição, haja vista que esta preza por uma sociedade justa e igualitária, pois todo ser humano tem o livre-arbítrio para escolher seu modo de vida,

Ministro Ricardo Lewandowski, assevera em seu voto que não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma das espécies de família já existentes, seja pela constituída pelo casamento, pela união estável, estabelecida a partir da relação formada por homem e mulher, ou ainda na monoparental.

A cerca da união homoafetiva o Ministro explica:

embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise.

Apesar da união entre pessoas do mesmo sexo ter todas as características da união estável não são proibidas pelo ordenamento jurídico, então não há nada que impeça o ordenamento jurídico de reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo. Na falta de norma que regule o que não é proibido pela lei, pode o julgado usar a analogia para permitir, neste caso o reconhecimento da união homoafetiva.

Para o Ministro Lewadowski Como é sabido, perante a ausência de norma legal específica, pode o intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia, com o fim de preencher as lacunas porventura existentes no ordenamento legal, aplicando, no que couber, a disciplina normativa mais próxima à espécie que lhe cabe examinar, mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com a anomia. E assegura que perante o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, deve ser aplicada a lei que está mais próxima, que é a união estável heterossexual.

Como já é sabido, a união estável homoafetiva foi reconhecida por unanimidade pelo Supremo Tribunal Federal, os ministros acompanharam o voto do relator da ação, o Ministro Ayres Britto. O ministro Ricardo Lewandowski, apesar de entender que a união homoafetiva não pode ser igualada a união heterossexual, votou a favor do reconhecimento e da aplicação por analogia da lei da união estável a casais do mesmo sexo.

Cabe dizer que não se faz necessário uma lei específica para pares do mesmo sexo, pois com a grande quantidade de decisões a favor do reconhecimento da união estável

homoafetiva, que gerou várias jurisprudências, alguns doutrinadores entendem que a decisão gera uma súmula, portanto deve ser aplicada por analogia a lei da união estável, já existente no ordenamento jurídico brasileiro.

O advogado Luís Roberto Barroso fez uma belíssima sustentação oral na ADPF nº 132, onde expôs motivos pelos quais a união homoafetiva deveria ser reconhecida. Em uma belíssima sustentação oral dispôs que: “o amor, todas as formas de amor, amor apaixonado de uma mulher por um homem ou de homem por uma mulher, de uma pessoa por outra pessoa, a vida boa é feita dos nossos afetos, dos prazeres legítimos, direito de procurar a própria felicidade. De modo que se pede a este tribunal que declare, que qualquer maneira de amar, vale a pena e pronuncie a consequência natural desta constatação, ninguém deve ser diminuído nessa vida pelos seus afetos”.

O amor homossexual é vítima de preconceito ao longo dos séculos. É um preconceito que perdura ao longo dos séculos, mas a história da civilização é a história da superação dos preconceitos. As pessoas tem que escolher de que lado vão ficar. Se vão avançar no processo social e incluir todos, ou se vão cultivar o preconceito. “É possível julgar esta matéria olhando para frente e não para trás, olhando para a criação de uma sociedade mais justa, um mundo melhor, um tempo de fraternidade, um tempo em que todo amor possa ousar dizer o seu nome.”

Homossexualidade é um fato da vida, é uma circunstância pessoal, é um destino. Existe orientação sexual, existem as uniões homoafetivas, as pessoas têm direito de amar, tem o direito de compartilhar os seus afetos, mas a ordem jurídica não contém nenhuma norma específica que cuide das uniões homoafetivas, que devem ter o mesmo regime jurídico das uniões estáveis convencionais.

Ressalta o princípio da igualdade, que devem ser reconhecidos mesmo que a uma minoria, não depreciando os homoafetivos, sendo discriminados por motivos fúteis. Princípio da liberdade, a liberdade sexual e a homoafetividade são fatos lícitos que em sentido geral significa fazer aquilo que a lei não interdita liberdade que na sua dimensão mais nuclear é a autonomia privada a direito de cada pessoa fazer suas escolhas essenciais e morais. Princípio da dignidade da pessoa humana, ninguém nesse mundo dever ser utilizado como meio para a realização dos projetos alheios, as pessoas devem ser tratadas como fins em si mesmas, consequentemente impedir uma pessoa de colocar o seu afeto, sua sexualidade, onde está seu desejo, é o mesmo que aprisionar lhe a alma, instrumentalizá-la ao projeto dos outros, as metas coletivas, é impedir esta pessoa de existir na plenitude da sua liberdade, do ser, querer e

de pensar, viola a dignidade da pessoa humana, impedir que ela coloque os seus afetos, onde tem o seu desejo e seja respeitado por isso.

E finaliza dizendo: ainda que não fosse pela aplicação direta desses princípios, dever-se-ia aplicar o mesmo regime da união estável a união homoafetiva, por simples analogia. Não há norma expressa na CF, não há norma expressa na legislação ordinária, portanto, há uma lacuna normativa. E ressalta que o art. 226 §3º da CF, não é para excluir os homossexuais e as relações homoafetivas, mas incluir as mulheres como parte nas relações afetivas.

OS DIREITOS QUE OS HOMOSSEXUAIS ADQUIRIRAM COM A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com a equiparação de direitos e deveres entre casais heterossexuais e homossexuais, os pares homoafetivos hoje podem usufruir de direitos que antes eram exclusivos dos pares heterossexuais, que são:

- a) O regime da comunhão parcial de bens: o regime a ser adotado pelos pares será o regime da comunhão parcial de bens na união estável (na união estável, a lei impõe aos conviventes o regime da comunhão parcial de bens);
- b) Direito a pensão alimentícia: o companheiro (a) poderá requerer na justiça a pensão alimentícia em caso de separação;
- c) Pensão do INSS: o INSS poderá conceder a pensão por morte para os companheiros de pessoas falecidas;
- d) Plano de saúde: não poderá mais haver negação de dependentes ou familiares dos homoafetivos;
- e) Políticas públicas: as ações realizadas pelo Estado que visam o bem coletivo, agora serão também direcionadas ao público homoafetivo;
- f) Imposto de renda: a receita federal já permitia que pares do mesmo sexo declarassem o imposto de renda conjuntamente, agora há respaldo legal;
- g) Sucessão: agora é garantido o direito a herança, uma das principais reivindicações, aos pares do mesmo sexo;
- h) Licença gala: licença concedida pelos órgãos públicos após a união;

i) Adoção: não há impedimento legal, mas a lei dá prioridade a casais.²⁰

Apesar do casamento não estar elencado neste rol e em um primeiro momento não ter sido estendido aos casais homoafetivos, alguns tribunais federais tem concedido esse direito a casais que ingressaram com ações na justiça requerendo a conversão da união estável em casamento. Vale salientar que a Constituição preceitua a facilitação da conversão da união estável em casamento e a lei Brasileira não veda nem permite, ela silencia sobre o assunto, o que abre uma premissa para que não ajam empecilhos na conversão da união estável em casamento dos pares homoafetivos.

²⁰ Veja os direitos que os homossexuais ganharam com a decisão do ST. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/veja+os+direitos+que+os+homossexuais+ganham+com+a+decisao+d+o+stf/n1300153607263.html>> acesso em 04/12/2011.

4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A metodologia tem como objetivo esclarecer de forma minuciosa, detalhada e exata todas as etapas para a elaboração de um trabalho de pesquisa, indicando a utilização dos métodos e instrumentos utilizados, proporcionando um conhecimento que vai além do senso comum, alcançando assim, um conhecimento sistematizado, preciso e objetivo de fatos existentes.

A pesquisa é uma atividade voltada para a solução de problemas, através dos processos científicos. Começa a partir de dúvidas ou problemas e utiliza métodos científicos adequados na busca de respostas e soluções, que poderá ser alcançado quando o problema for trabalhado com métodos científicos adequados.

Segundo Manzo (1971, p. 32 *apud*. MARCONI, 2001, p. 56), a pesquisa bibliográfica oferece meios para definir, resolver não somente os problemas já conhecidos, mas também explorar novas áreas em que os problemas não se cristalizaram suficientemente, a mesma parte de levantamento de dados, a partir da análise e interpretação de livros e necessita de uma leitura atenta e sistemática de todo material que foi utilizado na produção do trabalho.

Para a elaboração do trabalho de conclusão de curso (TCC), foi realizada uma análise bibliográfica, de legislação e jurisprudencial do tema proposto, ou seja, o reconhecimento da união estável homoafetiva. Para desenvolver este trabalho fez-se uso de material já elaborado, como artigos e manuais de direito civil, fazendo uma análise generalizada sobre o tema, com foco especial no direito de família, no direito constitucional e em história, com fins de buscar conceitos que apoiaram o desenvolvimento do tema.

Para Tujillo Ferrari (1971, p. 230 *apud*. MARCONI 2001, p. 56), a bibliografia oferece ao pesquisador o reforço paralelo na análise de suas pesquisas ou manipulações de suas informações. Um trabalho que trate de pesquisa bibliográfica não poderia deixar de conter explanações que facilitasse o fluxo de ideias, a compreensão e a aplicação dos conteúdos trabalhados pelos autores que serviram de base com seus estudos para o desenvolvimento da pesquisa. Assim sendo, o método adotado aqui aborda: a) os conceitos pertinentes ao tema trabalhado; b) as características do tema entre outros aspectos do mesmo, seguidos pelos autores dos livros e documentos utilizados. Tudo numa linguagem acessível visando um entendimento a princípio sobre como deveria desenvolver-se a pesquisa.

O tipo de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, porem para a elaboração deste trabalho fez-se uso da metodologia dedutiva, que segundo Mezzaroba e Monteiro (2003, p.

239-45), tem como fundamento trazer para quem a utiliza um conjunto de premissas que deverão fundar todos os procedimentos a serem utilizados. O método dedutivo pode levar os que o utilizam à construção de novas teorias e novas leis que são apresentadas como argumentos tidos como verdadeiros e inquestionáveis, para que se possa chegar a conclusões formais, haja vista que tais conclusões ficam restritas a premissas já estabelecidas.

5 CONCLUSÃO

A compreensão de família sofreu várias modificações ao longo do tempo, com as novas concepções familiares. Abriu-se um diapasão em torno da família moderna e do seu tradicional modelo, como a união estável e a sociedade de fato. Hodiernamente, não existe apenas o padrão familiar formado por casais heterossexuais.

O ordenamento jurídico brasileiro não reconhecendo as novas formações familiares, estará negando a proteção jurídica do Estado, o que vai de encontro com a Constituição Federal de 1988, que expôs no princípio da dignidade da pessoa humana que inibe qualquer tipo de discriminação. Neste diapasão, os pares do mesmo sexo, que constituem uma relação de convivência, afetiva, contínua, pública e notória, de serem amparadas legalmente e ter a mesma proteção dada às famílias constituídas pelo casamento ou pela união estável.

Contudo, apesar das mudanças ocorridas ao longo do tempo na sociedade, a legislação brasileira continua omissa no tocante a homoafetividade, pois apesar de legalizada, a união estável homoafetiva, ainda não há legislação específica que os reconheça expressamente como entidade família.

Há, ainda, por parte da população discriminação para com os homossexuais.

O caminho a ser percorrido ainda é árduo para que haja aceitação por parte da população, haja vista que o preconceito, ainda habita a mente de muitas pessoas. Mesmo após a aprovação do STF, reconhecimento da união estável homoafetiva, grande parcela da população brasileira ainda se posiciona contra a legalização da união entre pessoas do mesmo sexo.

O preconceito, não pode e não deve mais servir de justificativa, para uma posição contrária ao relacionamento entre iguais. Parte deste preconceito surge pelo fato do pré-julgamento que algumas pessoas fazem sobre as outras, pois muitas pessoas são contra estas uniões, por terem em mente que os homossexuais são pessoas promiscuas, o que não é de todo verdade, haja vista que, como em toda sociedade, há aqueles que são cultos, que receberam educação, que possuem bons empregos, o que pode contribuir ou não, para que seja formada uma família estruturada.

A decisão do STF em legalizar a união se mostra apenas com uma de várias etapas de um caminho árduo a ser percorrido pelos homoafetivos, pois são anos de lutas dos homossexuais em busca das equiparações de direitos.

Porém há pouco tempo os ministros do STF fizeram o que o legislador não teve coragem de fazer, em uma decisão por unanimidade eles garantiram aos pares homoafetivos o direito de legalizar suas relações amorosas e estenderam o instituto da família a todos os cidadãos. Todavia, o legislador ainda tem receio em equiparar direitos para as minorias. Portanto pode-se dizer que é uma vitória para o ordenamento jurídico brasileiro o reconhecimento de um direito que hoje pode ser usufruído por todos os cidadãos.

As uniões homoafetivas são realidade em todos os lugares do mundo. Pois se constituídas na afetividade e assistência recíproca formam o que hoje é chamado de família homoafetiva, que tem como componentes de seu núcleo carinho e proteção, assim como as famílias ditas convencionais pela sociedade.

Nas relações onde o interesse das partes é construir uma família o que importa é o afeto recíproco entres as partes. A família é à base da sociedade, portanto merecedor de proteção do Estado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vicente de Paula. **Ativismo Judicial**. disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/19512/ativismo-judicial>> acesso em 20/01/2012.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da república federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com alterações adotadas pela Emendas Constitucionais nº 1/92 a 46/2005. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

Dias, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, 7 ed São Paulo, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de Família**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, vol. 5, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 5 ed.. São Paulo: Saraiva,

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13 ed São Paulo: Saraiva 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas**. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452005000100004&script=sci_arttext> acesso em 06/11/2011.

MACEDO, Célia Regina de Souza. **A dignidade da pessoa humana**. Disponível em <<http://www.webartigos.com/artigos/a-dignidade-da-pessoa-humana/14240/>> acesso em 20/12/2011.

MACIEL, Álvaro Santos. **A dignidade da pessoa humana como fonte garantidora do progresso social**. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1925>> acesso em 20 /12/2011.

MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica: para o curso de direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001 a.

MARCONI; Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010 b.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. – São Paulo: Atlas, 2005.

SOUZA, Esdras de Dantas. **Princípio da igualdade**. Disponível em <<http://abadireitoconstitucional.blogspot.com/2009/12/principio-da-igualdade.html>>. Acesso em 06/12/2011.

VEJA os direitos que os homossexuais ganharam com a decisão do STF. Disponível em:<<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/veja+os+direitos+que+os+homossexuais+ganham+com+a+decisao+do+stf/n1300153607263.html>> acesso em 04/12/2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ANEXO

ANEXO A – ADPF 132/RJ

ADI 4277 / DF - DISTRITO FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. AYRES BRITTO

Julgamento: 05/05/2011

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011

EMENTVOL-02607-03 PP-00341

Parte(s)

RELATOR: MIN. AYRES BRITTO

INTDO.(A/S): CONECTAS DIREITOS HUMANOS

INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS
- ABGLT

INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DE SÃO
PAULO

ADV.(A/S): FERNANDO QUARESMA DE AZEVEDO E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): MARCELA CRISTINA FOGAÇA VIEIRA E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM

ADV.(A/S): RODRIGO DA CUNHA PEREIRA

INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS

ADV.(A/S): REINALDO JOSÉ GALLO JÚNIOR

INTDO.(A/S): CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB

ADV.(A/S): JOÃO PAULO AMARAL RODRIGUES E OUTRO(A/S)

REQTE.(S): PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

EMENTA

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 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 art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 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 SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA.

INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 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 art. 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 ESTABELECEM 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 §3º do seu art. 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 art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 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 §2º do art. 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. 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 ART. 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 art. 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. Decisão.

ANEXO B - RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 – RS (2010/0036663-8)

RECORRENTE: RKO

RECORRENTE: LP

ADVOGADO: GUSTAVO CARVALHO BERNARDES E OUTRO(S)

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. K. R. O. e L. P. , duas mulheres alegando que se relacionam de maneira estável há três anos, requereram habilitação para casamento junto a dois Cartórios de Registros Cíveis de Porto Alegre-RS, pedido que lhes foi negado pelos respectivos titulares.

Em seguida, em 25.03.2009, ajuizaram pleito de habilitação para o casamento perante a Vara de Registros Públicos e de Ações Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre/RS, afirmando inexistir óbice no ordenamento jurídico a que pessoas do mesmo sexo se casem.

A sentença julgou improcedente o pedido de habilitação, por entender que o casamento, tal como disciplinado pelo Código Civil de 2002, somente é possível entre homem e mulher (fls. 49-52).

Em grau de apelação, a sentença foi mantida por acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. CASAMENTO HOMOSSEXUAL. HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ENTIDADE FAMILIAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 226, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 1.514, 1.517, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL QUE TIPIFICAM A REALIZAÇÃO DO CASAMENTO SOMENTE ENTRE HOMEM E MULHER. Ao contrário da legislação de alguns países, como é o caso, por exemplo, da Bélgica, Holanda e da Espanha, e atualmente o estado de Massachusetts, nos USA, que prevêem o casamento homossexual, o direito brasileiro não prevê o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Na hipótese, a interpretação judicial ou discricionariedade do Juiz, seja por que ângulo se queira ver, não tem o alcance de criar direito material, sob pena de invasão da esfera de competência do Poder Legislativo e violação do princípio republicano de separação (harmônica) dos poderes. Ainda que desejável o reconhecimento jurídico dos efeitos civis de uniões de pessoas do mesmo sexo, não passa, a hipótese, pelo casamento, instituto, aliás, que já da mais remota antiguidade tem raízes não somente na regulação do patrimônio, mas também na legitimidade da prole resultante da união sexual entre homem e a mulher. Da mesma forma, não há falar em lacuna legal ou

mesmo de direito, sob a afirmação de que o que não é proibido é permitido, porquanto o casamento homossexual não encontra identificação no plano da existência, isto é, não constitui suporte fático da norma, não tendo a discricionariedade do Juiz a extensão preconizada de inserir elemento substancial na base fática da norma jurídica, ou, quando não mais, porque o enunciado acima não cria direito positivo. Tampouco sob inspiração da constitucionalização do direito civil mostra-se possível ao Juiz fundamentar questão de tão profundo corte, sem que estejam claramente definidos os limites do poder jurisdicional. Em se tratando de discussão que tem centro a existência de lacuna da lei ou de direito, indesviável a abordagem das fontes do direito e até onde o Juiz pode com elas trabalhar. Ainda no que tange ao patrimônio, o direito brasileiro oferta às pessoas do mesmo sexo, que vivam em comunhão de afeto e patrimônio, instrumentos jurídicos válidos e eficazes para regular, segundo seus interesses, os efeitos materiais dessa relação, seja pela via contratual ou, no campo sucessório, a via testamentária. A modernidade no direito não está em vê-lo somente sob o ângulo sociológico, mas também normativo, axiológico e histórico. APELAÇÃO DESPROVIDA.

Sobreveio recurso especial apoiado na alínea "a" do permissivo constitucional, no qual se alega ofensa ao art. 1.521 do Código Civil de 2002, aduzindo as recorrentes que o mencionado dispositivo - que prevê os impedimentos para o casamento -, não indica como tal a identidade de sexos.

Assim, aplicar-se-ia a regra segundo a qual, no direito privado, o que não é expressamente proibido é permitido, conclusão que autoriza as recorrentes a se habilitarem para o casamento.

Contra-arrazoado (fls. 184-188), o especial foi admitido (fls. 198-203). O Ministério Público Federal, mediante parecer assinado pelo Subprocurador-Geral da República Antônio Carlos Pessoa Lins, opinou pelo não provimento do recurso especial (fls. 212-216).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. É por todos conhecido o traço do individualismo voluntarista que marcou os diplomas civis do mundo no início do século XIX, dos quais se destaca, de forma eloquente, o Código Napoleão (1804), modelo que foi incorporado em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro (Código Civil de 1916).

Esse foi o momento da mais nítida separação entre direito público e privado: neste, os partícipes são os particulares, contratantes ou proprietários, e tem-se como pilar axiológico a autonomia da vontade, naquele, os cidadãos em face do Estado, cujo cerne valorativo são os limites para o exercício do poder e o estabelecimento de direitos fundamentais oponíveis verticalmente.

A progressiva superação desse modelo rendeu ensejo a que se inserissem, no plano jurídico do direito privado, princípios limitadores do individualismo e da voluntariedade, surgindo as chamadas normas de ordem pública - em espaços antes privados por excelência, como a família, a propriedade, o contrato e o trabalho.

A consagração de normas desse jaez, pregoeiras de direitos tidos por indisponíveis, marcou a fase denominada publicização do direito privado, segundo a qual alguns efeitos de atos jurídicos privados eram predeterminados pelo ordenamento, de forma absoluta, surgindo o germe de temas contemporâneos, como a função social do contrato e da propriedade.

Na esteira das transformações experimentadas pelo direito privado, depois da publicização veio a chamada constitucionalização do direito civil, momento em que o foco transmutou-se definitivamente do Código Civil para a própria Constituição Federal, a qual, no caso brasileiro, contém normas relativas à família, criança, idoso, adolescente, proteção do consumidor e função social da propriedade.

Assim, os princípios constitucionais alusivos a institutos típicos de direito privado passaram a condicionar a própria interpretação da legislação infraconstitucional.

Na expressão certa de Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana assume dimensão transcendental e normativa, e a Constituição passa a ser não somente "o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade" (BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60).

Nessa linha de evolução, penso que também por essa ótica deva ser analisado o papel do Superior Tribunal de Justiça, notadamente das Turmas de Direito Privado.

Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, não me parece possível a esta Corte de Justiça 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.

Em síntese, 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.

3. A segunda observação introdutória diz respeito ao papel do juiz moderno, ao apreciar demandas que envolvam princípios e conceitos fundamentais para o Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a concepção de casamento como instituição religiosa ou sacramento, assim também os contornos morais e éticos, do ponto de vista filosófico ou antropológico, evidentemente, não serão objetos de exame no caso em julgamento.

É que vicejam, no particular, as palavras de John Rawls, para quem:

Os juízes não podem, evidentemente, invocar as próprias noções pessoais de moralidade, tampouco os ideais e virtudes da moralidade em geral. Estes devem ser considerados irrelevantes. Eles não podem, da mesma forma, invocar visões religiosas ou filosóficas, deles próprios ou de outras pessoas. (Apud. SANDEL, Michael J. Justiça - o que é fazer a coisa certa. [Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011 p. 310)

No mesmo sentido é a filosofia de Chaim Perelman sobre direito e moral:

[...] pode haver boas razões para que as regras morais não sejam inteiramente conformes às regras jurídicas, pois estas são sujeitas a condições de segurança, a presunções e a técnicas de prova, com as quais o juízo moral não se embaraça muito. (PERELMAN, Chaim. Ética e direito. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.305)

A partir dessa ideia central, colho trechos do voto proferido pelo eminente Ministro Aliomar Baleeiro (STF), ainda na década de 1960 (RMS n. 18.534/SP), mas bastante atual:

Ninguém contesta o direito de a sociedade, da qual é órgão o Estado, defender-se do obsceno e repugnante e, sobretudo, preservar de influências deletérias o caráter do adolescente e da criança.

[...]

Mas o conceito de "obsceno", "imoral", "contrário aos bons costumes" é condicionado ao local e à época. Inúmeras atitudes aceitas no passado são repudiadas hoje, do mesmo modo que aceitamos sem pestanejar procedimentos repugnantes às gerações anteriores. A Polícia do Rio, há 30 ou 40 anos não permitia que um rapaz se apresentasse de busto nu nas praias e parece que só mudou de critério quando o ex-Rei Eduardo VIII, então Príncipe de Gales, assim se exibiu com o irmão em Copacabana. O chamado bikini (ou "duas peças") seria inconcebível em qualquer praia do mundo ocidental, há 30 anos. Negro de braço dado com branca em público, ou propósito de casamento entre ambos, constituía crime e atentado aos bons costumes em vários Estados norte-americanos do Sul, até tempo bem próximo ao atual.

[...]

Os juízes dos tempos de nossos avós e pais, ao que eu saiba, não apreenderam nunca A Carne, de Júlio Ribeiro, hoje um clássico. Mostraram com isso compreensão acima de qualquer farisaísmo ou pressão religiosa. Não há motivo para imitarmos o puritanismo da autoridade postal dos Estados Unidos, que proibiu o tráfego de cópias coloridas da Maya desnuda, de Goya, pintada no mais católico, preconceituoso e clerical dos países. Seria o mesmo que um cache-sexo no David de Miguel Ângelo. (RMS 18534, Relator(a): Min. ALIOMAR BALEEIRO, Segunda Turma, julgado em 01/10/1968, EMENTA VOL-00751-03 PP-01156 RTJVOL-00047-03 PP-00787).

Transcrevo também a reflexão realizada pelo eminente Ministro Marco Aurélio, também da Suprema Corte, no voto proferido na ADPF n. 132, acerca das possibilidades de coexistência entre direito e moral:

[...] o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã.

[...]

Por outro lado, o Direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica. Como se sabe, as condenações dos Tribunais da Santa Inquisição eram cumpridas por agentes do próprio Estado – que também condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o “pecado nefando” que resultou, para alguns, na destruição divina da cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa bíblica. O jurista espanhol Gregório Peces - Barba Martínez (Curso de Derechos Fundamentales: teoría general, 1991, p. 32) assinala que a separação entre Direito e moral constitui uma das grandes conquistas do Iluminismo, restaurando-se racionalidade sobre o discurso jurídico, antes tomado pelo obscurantismo e imiscuído com a moral religiosa.

4. Nesse contexto, a controvérsia instalada nos autos consiste em saber se é possível o pedido de habilitação para o casamento de pessoas do mesmo sexo, tendo as recorrentes recebido respostas negativas, tanto na esfera cartorária, quanto nas instâncias judiciais - sentença e acórdão de apelação.

O acórdão, além de invocar doutrina sobre teoria geral do direito e de hermenêutica jurídica, acionou os arts. 1.514, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, enfatizando as alusões aos termos "homem" e "mulher" (ou "marido e mulher"), reciprocamente considerados, cuja união seria a única forma de constituição válida do casamento civil.

Os dispositivos citados contêm a seguinte redação:

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

[...]

Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida

aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados."

[...]

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. Finalmente, concluiu o acórdão recorrido que: [...] o fato de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não ser expressamente vedado pelos artigos 1.521 e 1.523 do CC, não significa que esteja permitido, ou que sua existência possa ser "integrada" pelo Juiz, porquanto estreme de qualquer dúvida que a própria substância do conceito de casamento traz ínsita a idéia, milenar, da união entre um homem e uma mulher.

Ressalto que os óbices relativos às expressões "homem" e "mulher", utilizadas pelo Código Civil de 2002, art. 1.723, e pela Constituição Federal, art. 226, § 3º, foram afastados por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal para permitir a caracterização de união estável entre pessoas do mesmo sexo, denominada "união homoafetiva".

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte: REsp 820.475/RJ, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 06/10/2008; REsp 1085646/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/05/2011, DJe 26/09/2011; REsp 827.962/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 08/08/2011.

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723, do Código Civil de 2002, interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", "entendida esta como sinônimo perfeito de 'família'". A Suprema Corte asseverou que: "... este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva" (voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto).

Portanto, o próprio STF, no julgamento da ADPF n. 132, sinalizou que o entendimento então adotado poderia mesmo ser utilizado para além da união estável homoafetiva, como se denota expressamente de trecho do voto do eminente Relator:

[...] que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje.

Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos "homem" e "mulher". (sem grifo no original).

No mesmo sentido foi o voto do Ministro Marco Aurélio (STF), alicerçado em escólio proferido pelo ilustre Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos Antônio Augusto Cançado Trindade, acerca do direito de todo indivíduo à livre formulação de um projeto de vida:

Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. LoayzaTamayo versus Peru, Cantoral Benavides versus Peru), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Cançado Trindade no caso Gutiérrez Soler versus Colômbia, julgado em 12 de setembro de 2005:

Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo “projeto” encerra em si toda uma dimensão temporal. O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. (tradução livre)

O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie.

A questão que ora se enfrenta é saber se o mesmo raciocínio pode ser aplicado no caso dos autos, em que se pleiteia a habilitação para casamento de pessoas do mesmo sexo.

A resposta, a meu juízo, passa, necessariamente, pelo exame das transformações históricas experimentadas pelo direito de família e pela própria família reconhecida pelo direito, devendo-se ter também em mente a polissemia da palavra "casamento", o qual pode ser considerado, a um só tempo, uma instituição social, uma instituição natural, uma instituição jurídica e uma instituição religiosa, ou sacramento, ou, ainda, tomando-se em metonímia a parte pelo todo, o casamento significando simplesmente "família".

No particular, como antes ressaltado, constituir-se-ia providência inócua investigar qual a concepção de casamento em seu sentido religioso ou sacramental, uma vez

que vigora no ordenamento pátrio o princípio da liberdade religiosa, em razão do qual o conceito de casamento religioso pode revestir-se de diversos significados.

Releva notar que a doutrina de direito de família menciona diversas seitas e religiões em que se tolera, por exemplo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, verbis:

São exemplos de tolerância as Igrejas da Comunidade Metropolitana (Estados Unidos e Brasil), Associação Unitária Universalista (Estados Unidos), Igreja Unida (Canadá), Igreja para Todos, Igreja Cristã Contemporânea e Comunidade Cristã Nova Esperança (Brasil) etc. (GIORGIS, José Carlos Teixeira. O casamento igualitário e o direito comparado. in. Diversidade sexual e direito homoafetivo. Coord. Maria Berenice Dias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 71).

Vale dizer, não é por essa ótica que se alcançará a uniformidade semântica do casamento. Analisando o instituto por outro ângulo, é fato notório que o casamento, no Brasil, nas diversas fases da história do país, possuiu contornos diversos e também distintas funções na sociedade.

Antes da República, diante da parceria política até então existente entre Estado e Igreja Católica - que vinha desde o "descobrimento" -, o único modelo válido de casamento era o religioso, indissolúvel por essência e identificador exclusivo de uma família constituída.

Como noticia Arnoldo Wald, o Brasil, em matéria de casamento, esteve durante três séculos sujeito "às determinações do Concílio de Trento, e, portanto, somente a Igreja Católica tinha competência para celebrar casamento, que havia sido elevado à condição de sacramento" (WALD, Arnoldo. Direito civil brasileiro: o novo direito de família. São Paulo: Saraiva, 16 ed. 2006, p. 163).

Somente depois do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, de redação atribuída a Ruy Barbosa, é que o casamento passou a ter natureza civil.

O Código Civil de 1916 também manteve a sistemática segundo a qual a única forma válida de constituição de família era mediante o casamento. O seu revogado art. 229 dispunha que "criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos".

Em direção análoga era o § 4º, do art. 72 da Constituição de 1891, a Carta Republicana de 1934, art. 144, art. 124 da Constituição de 1937, art. 163 da Carta de 1946, EC n. 1 de 1969 (Constituição de 69), art. 175.

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". Estabeleceu a Carta Cidadã, no caput do art. 226: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", sem ressalvas, sem reservas, sem "poréns", quanto à forma de constituição dessa família.

Ou seja, o comando principal do artigo é a "proteção especial", em si, independentemente da forma pela qual a família é constituída, porquanto por trás dessa "proteção especial" reside a dignidade da pessoa humana, alçada, no texto constituinte, a fundamento da República (art. 1º, inciso III).

Por isso que, em seus parágrafos, o art. 226 da Constituição expõe, exemplificadamente, esses novos arranjos familiares, todos dignos da especial proteção do Estado.

Nesse ponto, vêm a calhar as palavras do eminente Ministro Carlos Ayres Brito, na relatoria da ADPF n. 132/RJ, antes invocada, sobre a interpretação do art. 226 da CF/88:

De toda essa estrutura de linguagem prescritiva ("textos normativos", diria Friedrich Müller), 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. (grifado no original)

A bem da verdade, pela Carta de 88, a família foi vista por um nova óptica, um "novo olhar, um olhar claramente humanizado", cujo foco, antes no casamento, voltou-se para a dignidade de seus membros.

Essa mudança foi analisada na mencionada ADPF 132/RJ:

"O casamento é civil e gratuita a celebração". Dando-se que "o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei" (§§ 1º e 2º). Com o que essa figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, literis: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos" (caput do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional n. 1, de 1969). É deduzir: se na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi jogada, em hora mais que ansiada, a última pá de cal. (grifado no original)

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.

A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana.

Por isso não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade.

Assim,

Se casamento fosse o mesmo atualmente, como o foi nos últimos dois mil anos, seria possível casar-se aos doze anos de idade, com uma pessoa desconhecida, por via de um casamento "arranjado"; o marido ainda poderia vislumbrar a própria esposa como propriedade e dispor dela à vontade; ou uma pessoa poderia ser condenada à prisão por ter se casado com uma pessoa de raça diferente. E, obviamente, seria impossível obter um divórcio, apenas para citar alguns exemplos. (CHAVES, Marianna. Homoafetividade e direito. Curitiba: Juruá, 2011, p. 199

Com a transformação e evolução da sociedade, necessariamente também se transformam as instituições sociais, devendo, a reboque, transformar-se a análise jurídica desses fenômenos.

O direito é fato, norma e valor - qual clássica teoria tridimensional de Miguel Reale -, razão pela qual a alteração substancial do fato deve necessariamente conduzir a uma releitura do fenômeno jurídico, à luz dos novos valores. Deveras, a família é um fenômeno essencialmente natural-sociológico, cujas origens antecedem o próprio Estado.

É dizer: família é uma instituição pré-jurídica, surgida das mais remotas experiências de aglomeração e vinculação pelo parentesco e reciprocidade, anterior por isso mesmo ao próprio casamento, civil ou religioso.

Não pode o Direito - sob pena de ser inútil - pretender limitar conceitualmente essa realidade fenomênica chamada "família", muito pelo contrário, é essa realidade fática que reclama e conduz a regulação jurídica.

Atentando-se a isso, 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.

Na medida em que a própria Constituição Federal abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento, e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição de família, emerge como corolário que, em alguma medida, torna-se secundário o interesse da Carta Cidadã pelo modo a partir do qual essas famílias são constituídas em seu íntimo, em sua inviolável vida privada, se são constituídas por pessoas heteroafetivas ou homoafetivas.

O mais importante, não há dúvida quanto a isso, é como esse arranjo familiar pode ser especialmente protegido pelo Estado e, evidentemente, o vínculo que maior segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil.

Essa, segundo parece, deve ser exatamente a interpretação conferida ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal, quando prevê a facilitação da conversão da união estável em casamento.

Não que a Carta Cidadã autorize o legislador infraconstitucional a destinar menos direitos, de forma voluntária, às uniões estáveis - para além dos deficits naturalmente existentes -, se comparados com os direitos próprios dos cônjuges casados.

O que importa agora, expressa a Constituição Brasileira 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.

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.

4.5. O sexo, entendido como gênero - e, por consequência, a sexualidade, o gênero em uma de suas múltiplas manifestações -, não pode ser fator determinante para a concessão ou cassação de direitos civis, porquanto o ordenamento jurídico explicitamente rechaça esse fator de discriminação, mercê do fato de ser um dos objetivos fundamentais da República - vale dizer, motivo da própria existência do Estado - "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, inciso IV, da CF/88).

Constituindo um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III, da CF/88), é bem de ver também que a dignidade da pessoa humana não é aumentada nem diminuída em razão do concreto uso da sexualidade das pessoas, salvo em casos justificadamente pré-estabelecidos pelo direito, notadamente quando a própria sexualidade é manejada no desiderato de negar a dignidade e a liberdade sexual de outrem, como ocorre no caso de crimes sexuais.

De mais a mais, a sexualidade da pessoa encontra-se abrigada naqueles recônditos espaços morais, desde logo gravados pela Constituição com a cláusula da inviolabilidade, quais sejam a intimidade e a vida privada, ambas, no mais das vezes, exercitadas também em um espaço tido constitucionalmente como "asilo inviolável".

Nessa linha, a chamada Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) reconheceu a imprestabilidade da orientação sexual como fator determinante à configuração de violência doméstica e, por consequência, à proteção conferida pelo Estado à família e à dignidade da pessoa humana:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

[...]

Art. 1º

[...]

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Nesse particular, socorro-me, mais uma vez, dos fundamentos contidos no voto proferido pelo eminente Ministro Ayres Britto, no julgamento da ADPF n. 132:

[...] a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um plus ou superávit de vida. Não enquanto um minus ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano.

[...]

Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem a mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. [...]

[...] nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais.

[...]

a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. (grifado no original)

No mesmo sentido, sob a égide do paradigma formado no precedente acima citado, o STF explicitou que o julgamento proferido pelo Pleno, na ADPF n. 132/RJ, "proclamou que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual" (RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe).

No mesmo passo, asseverou o eminente relator:

Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber igual proteção das leis e 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 desigualmente as pessoas em razão de sua orientação sexual. Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular

prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integrem a comunhão nacional.

De fato, a igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito a auto afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias.

Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença.

Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226).

É importante ressaltar, ainda, 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.

5. Portanto, retomando o curso do raciocínio, fincado nessas premissas, tenho que a interpretação conferida pelo acórdão recorrido aos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, observada a máxima vênia, não é a mais acertada.

Os mencionados dispositivos 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.

Valho-me, para o caso em apreço, dos mesmos fundamentos utilizados para desempatar o julgamento do REsp.n. 820.475/RJ, no qual se discutia a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Acolheu-se, naquele julgamento, o princípio geral de que, inexistindo vedação expressa na lei ou na Constituição, descabe cogitar-se de impossibilidade jurídica do pedido.

Em síntese, mutatis mutandis, foram os seguintes os fundamentos condutores do voto:

[...]

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preenchem as condições impostas pela lei, quais

sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. [...]

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 franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º).

De resto, é interessante notar que, se às uniões homoafetivas opunha-se o óbice da literalidade do art. 226, §3º, CF/88, que faz expressa referência a "homem e mulher", é bem de ver que não há a mesma alusão quando a Carta trata do casamento civil (226, § 1º).

Ademais, como vem sendo amplamente noticiado pela imprensa, algumas uniões estáveis homoafetivas estão sendo convertidas em casamento, exemplo do fato ocorrido no Município de Jacareí/SP.

5. Do mesmo modo como ocorreu depois do julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, pela Suprema Corte, não faltarão vozes para arguir o ativismo judicial do Superior Tribunal de Justiça, caso o entendimento ora proposto seja referendado pelo Colegiado da Quarta Turma.

Em crítica à decisão do STF, afirmou-se, por exemplo, que "[a] tradição existe por algum motivo e não deve ser mudada pelo voto de um pequeno grupo, mas pela consulta ao grande público ou através de seus representantes, eleitos para isso" (DOUGLAS, William. Dois Surdos – Os religiosos e o movimento gay. Revista Jurídica Consulex, São Paulo: Consulex, 2011 (345): p. 46-47, 01/06/2011).

O próprio acórdão recorrido afirmou que "a hipótese ventilada não prescinde de discussão parlamentar", já que o ativismo judicial "nem sempre se traduz nas reais aspirações da sociedade".

Não impressiona, contudo, a tese de que a matéria deve ser apreciada, por primeiro, pelo Congresso Nacional, sobretudo para avaliar se há "aceitação social" do casamento homoafetivo.

Sem hesitar, é de encontrar resposta negativa a indagação formulada por Ronald Dworkin, segundo a qual "será que uma 'maioria moral' pode limitar a liberdade de cidadãos individuais sem uma justificativa melhor do que a de desaprovar suas escolhas pessoais?"

(DWORKIN, Ronald. A Virtude soberana: teoria e prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 645).

De fato, a Constituição Federal, em seu preâmbulo, evoca o "povo" como legitimador do poder - "Nós, representantes do povo brasileiro [...]" -, seguindo-se que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente" (art. 1º, parágrafo único).

Porém, se o povo é a figura central da democracia, cumpre indagar - tal como o fez Friedrich Müller - quem é o povo? (MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011). Isso porque o regime representativo - que possui como fonte de poder o "povo" - não é obrigatoriamente um regime democrático. Vale dizer, pois, que pode ocorrer "representação" sem democracia, e democracia sem "representação", como aconteceu a partir da constituição francesa de 1791, cujos eleitos governavam "de costas voltadas para o corpo político, para o eleitorado, para aquela coletividade democrática, contemporaneamente conhecida pelo nome de povo" (BONAVIDES, Paulo. O regime representativo e a democracia. Revista de Direito Público. RDP 3/99. jan.-ma/1968).

Nesse passo, importa ressaltar que "povo" - que é sempre a base de toda democracia - é conceito plurívoco, que não exprime identidade com a ideia de maioria da população votante.

É que a democracia é forma de governo cujo acesso ao poder é estabelecido pela maioria, mediante técnicas diversas, mas que, de forma nenhuma, deve significar que o exercício do poder tenha como destinatário essa maioria legitimadora do acesso ao poder.

O "estado de direito" só é genuinamente "democrático" se o é em seu conteúdo, e não somente em sua forma. É dizer: o problema da legitimação democrática possui dimensão mais elástica e, por isso mesmo, nem sempre se resolve singelamente pela regra majoritária, a qual se presta, no mais das vezes, a justificar apenas o acesso ao poder.

Não fosse por isso, não se explicaria a razão de as ações do Estado prestigiar também os não votantes, como, por exemplo, as crianças, os presos, os eleitores facultativos e, de resto, as minorias vencidas pelo voto.

O problema da legitimação democrática só é bem analisado pela lente da universalização das prescrições do Estado, o qual será legitimado quando considerado povo não apenas como a fonte do poder, mas também como o destinatário de suas ações, ou como a "totalidade dos atingidos pela norma", e, em razão disso, algo bem diferente da maioria votante, como explica Friedrich Müller:

Não há nenhuma razão democrática para despedir-se simultaneamente de um possível conceito mais abrangente de povo: do da totalidade dos atingidos pelas normas: one man one vote. Tudo o que se afasta disso necessita de especial fundamentação em um Estado que se justifica como "demo" cracia.

[...]

Esse padrão se repete: o povo não é apenas - de forma indireta - a fonte ativa da instituição de normas por meio de eleições bem como - de forma direta - por meio de referendos legislativos; ele é de qualquer modo o destinatário das prescrições, em conexão com deveres, direitos e funções de proteção. E ele justifica esse ordenamento jurídico num sentido mais amplo como ordenamento democrático, à medida que o aceita globalmente, não se revoltando contra o mesmo. Nesse sentido ampliado, vale o argumento também para os não eleitores, e igualmente para os eleitores vencidos pelo voto (tocante ao direito eleitoral fundamentado no princípio da maioria) ou para aqueles cujo voto foi vitimado por uma cláusula limitadora. (MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 pp. 53-56)

Essa visão distorcida do que seja democracia - como sendo o governo da maioria - também foi pontuada por Ronald Dworkin, ao criticar processos políticos que, embora formalmente democráticos, relegavam ao ocaso minorias sociais destituídas de expressão político-eleitoral, como foi o caso dos negros e homossexuais -, em determinado momento da história dos Estados Unidos.

Confira-se o magistério do filósofo americano, em seu clássico A Virtude

Soberana:

A hipótese do processo político justo também é duvidosa quando o grupo que perde foi vítima histórica de um preconceito ou estereótipo que torna provável que seus interesses sejam desprezados pelos eleitores.

[...]

Em primeiro lugar, o grupo pode ser tão marginalizado financeira social e politicamente, que lhes falem meios para chamar a atenção dos políticos e dos outros eleitores para seus interesses e, assim, não exercer o poder nas urnas, ou em alianças ou barganhas com outros grupos, que se esperaria que o número de componentes do grupo fosse capaz de produzir. Em segundo lugar, pode ser vítima de vieses, preconceitos, ódios ou estereótipos tão graves que a maioria queira reprimi-lo ou puni-lo por tal motivo, mesmo quando as punições não sirvam a nenhum outro interesse, mais respeitável ou legítimo, de outros grupos (DWORKIN, Ronald. A Virtude soberana: teoria e prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 654-656).

Definitivamente, como bem asseverou Fábio Konder Comparato, no prefácio da obra de Friedrich Müller, a soberania popular, quanto ao exercício do poder e aos destinatários das ações públicas, não é absoluta, de modo que a regra da maioria não pode se afastar do fato de que "o bem comum, hoje, tem um nome: são os direitos humanos, cujo

fundamento é, justamente, a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum condição de pessoas" (Op cit. p. 22).

Vale dizer, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não pode "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.

7. Nesse campo, a bem da verdade, o Brasil ainda caminha a passos lentos para o reconhecimento legal dos direitos dos pares homoafetivos, contrariamente ao que fizeram diversos países que se adiantaram no reconhecimento legal ou do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, ou das chamadas "parcerias domésticas" entre homossexuais, em alguns países chamadas uniões registradas, parcerias registradas, acordos de beneficiários ou ainda beneficiários recíprocos.

São exemplos de países que reconheceram o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: Argentina, África do Sul, Holanda, Bélgica, Suécia, Canadá, Espanha, Portugal e em diversas Unidades Federativas dos Estados Unidos, como nos Estados de Massachusetts, New Hampshire, New Jersey, Connecticut, Iowa e Vermont.

Particularmente interessantes - apenas para ficarmos em poucos exemplos - , são as situações de Portugal e do Estado de Massachusetts/EUA.

Em Portugal, antes da Lei n. 9-XI de 2010, o Código Civil, art. 1.577º, dispunha que:

Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código. O art. 1.628º, alínea "e", do mesmo Diploma dispunha que:É juridicamente inexistente:

[...]

O casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo.

Porém, a Lei n. 9-XI, de 2010, reconheceu explicitamente a possibilidade de parceiros do mesmo sexo contraírem casamento civil, alterando o regramento do casamento civil nos seguintes termos:

Art. 1º. Objectivo A presente lei permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 2º. Alterações ao regime do casamento. Os arts. 1.577º, 1.591º e 1.690º do Código Civil passam a ter a seguinte redacção:

"Art. 1.577º. [...] Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendam constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código".

[...]

Art. 4º. Norma revocatória É revogada a alínea e) do art. 1.628º do Código Civil. Art. 5º. Disposição final Todas as disposições legais relativas ao casamento e seus efeitos devem ser interpretadas à luz da presente lei, independentemente do género dos cônjuges, sem prejuízo do disposto no art. 3º.

A mencionada lei foi posta ao crivo preventivo de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Português, decidindo aquela Corte pela improcedência das dúvidas quanto à constitucionalidade do ato, notadamente tomando-se por parâmetro o art. 36º, n. 1, da Constituição Portuguesa (Cf. CHAVES, Marianna. Homoafetividade e direito. Curitiba: Juruá, 2011, p. 213).

Em Massachusetts/EUA, houve reconhecimento judicial da possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, tendo a Suprema Corte daquele Estado decidido que as licenças para casamento civil deveriam ser concedidas também aos pares homoafetivos, determinando-se que as leis existentes sobre casamento fossem tornadas neutras quanto ao gênero.

Transcrevo parte dos fundamentos do voto da Juíza Magaret Marshall, da Corte de Massachusetts, no julgamento paradigma, deixando claro a presidenta da Corte que não seria partidária de nenhuma posição moral ou religiosa sobre o tema:

Muitas pessoas têm sólidas convicções religiosas, morais e éticas de que o casamento deveria limitar-se à união de um homem e uma mulher e de que a conduta homossexual é imoral. Muitas têm convicções religiosas, morais e éticas igualmente sólidas de que pessoas do mesmo sexo têm direito a se casar e de que casais homossexuais deveriam receber o mesmo tratamento dado a casais heterossexuais. Nenhuma dessas opiniões responde à questão que temos diante de nós. Nossa obrigação é definir a liberdade de todos, e não impor nosso próprio código moral. (Apud. SANDEL, Michael J.. Justiça - o que é fazer a coisa certa. [Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 318)

Continuando a fundamentação, a Juíza Marshall aduziu que a exclusão do casamento aos pares homossexuais é incompatível com o "respeito à autonomia e à igualdade dos indivíduos aos olhos da lei". Assim, a liberdade de "escolher se casar e com quem se casar seria vã" se o Estado pudesse "tolher os direitos do indivíduo de escolher livremente a pessoa com quem ela queira compartilhar um compromisso exclusivo". Com efeito, a questão - defende Marshall - não é o valor moral da escolha, mas o direito de o indivíduo de fazê-la, ou seja, o direito de os reclamantes "de se casar com o parceiro escolhido" (SANDEL, Michael J. Op. cit. p. 318).

Quanto aos traços marcantes do casamento, a Juíza Margaret Marshall também acolhe o entendimento de não ser a fertilidade condição para a realização do casamento, "é o exclusivo e permanente comprometimento dos parceiros entre si, e não a concepção de filhos, o sinequa non do casamento" (Ibidem, p. 320). Em arremate, afirma que, restringir o casamento aos heterossexuais "confere um selo oficial de aprovação do estereótipo destrutivo de que os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo são inerentemente instáveis e inferiores às uniões entre sexos opostos e não merecedores de respeito" (Ibidem, p. 321).

Finalmente, é importante noticiar que a Suprema Corte de Massachusetts concedera ao Poder Legislativo local o prazo de 180 dias para adequar a legislação à decisão ora em comento. Durante o prazo, o Senado de Massashusetts formulou consulta indagando se seria possível cumprir a decisão criando uma "união civil" para os homossexuais, que lhes atribuísse direitos e responsabilidades equivalentes aos previstos para os cônjuges casados.

A resposta negativa da Suprema Corte ao pretense eufemismo legislativo foi, deveras, emblemática, como bem noticia Daniel Sarmiento, cujos excertos, no que interessa, transcrevem-se abaixo:

"A proibição absoluta do uso da palavra 'casamento' pelos 'cônjuges' do mesmo sexo é mais do que semântica. A diferença entre as expressões 'casamento civil' e 'união civil' não é inócua; trata-se de uma escolha linguística que reflete a atribuição aos casais do mesmo sexo, predominantemente homossexuais, um status de segunda classe... A Constituição de Massachusetts, como explicado no caso Goodrige, não permite esta odiosa discriminação, não importa quão bem intencionada seja". (SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. in. Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 8, vol. 32, outubro a dezembro de 2007, p. 43)

8. Nessa toada, enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua co-participação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de

aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

9. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento, salvo se por outro motivo as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio.

É como voto.