

A INCLUSÃO NA EXCLUSÃO: A CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA EM CASAMENTO CIVIL, BEM COMO A POSSIBILIDADE DO CASAMENTO CIVIL DIRETO

THE INCLUSION IN EXCLUSION: THE CONVERSION OF STABLE HOMOSEXUAL UNION IN CIVIL MARRIAGE, AS WELL AS THE POSSIBILITY OF DIRECT CIVIL MARRIAGE

Adriana Maria dos Santos Pertel

Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV; Especialista em Direito Civil e Processo Civil; Pesquisadora; Advogada e Consultora.

E-mail: Adriana@perteladvogados.com.br

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2. O Instituto do Casamento, a Família e o Afeto. 3. A Identidade do Sujeito Constitucional. 4. Breve Relato sobre o Reconhecimento do Casamento Civil Homoafetivo pelas Vias do Poder Judiciário. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

RESUMO: O presente trabalho pretende demonstrar, através da constante (re)formulação da identidade do sujeito constitucional, proposto por Michael Rosenfeld, a obrigatoriedade da lei em facilitar a conversão da união estável homoafetiva em casamento civil homoafetivo, tal como já é proposto pelo art. 226, § 3º da Constituição Federal para as uniões estáveis formadas por pares heteroafetivos, bem como o reconhecimento da habilitação em conjunto dos pares homoafetivos para o casamento civil. Logo, o casamento civil, que é entendido como um direito humano estendido a todos e não apenas um privilégio aos indivíduos heteroafetivos, deve ser facilitado de forma que as uniões homoafetivas, se seus pares assim desejarem, sejam devidamente Registradas em Cartório de Registros Cíveis, como matrimônios ou a conversão da união estável em casamento, acarretando assim todas as benesses que o instituto do casamento civil proporciona, tais como a adoção de crianças pelo casal, a utilização do sobrenome do cônjuge, os direitos sucessórios entre outros. Tal contemplação pelo ordenamento jurídico, nada mais é que uma aplicação justa dos princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana e liberdade sexual.

Palavras chaves: União Estável Homoafetiva; Identidade do Sujeito Constitucional; Casamento Homoafetivo; Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: This study aims to demonstrate, through constant (re) formulation of the identity of the constitutional subject, proposed by Michael Rosenfeld, an obligatoriness of the law to facilitate the conversion of stable homosexual union in civil marriage, as already proposed by article 226, § 3 of the Federal Constitution to unions formed by stable heterosexual peers, as well as recognition of the qualification of homosexual couples to civil marriage. Soon, civil marriage, which is seen as a human right extended to all and not just a privilege to heterosexual individuals, should be facilitated so that homosexual unions if they wish their peers, are duly Registered in Civil Registry Office, as marriages or the conversion of a stable union in marriage, thus giving all the benefits that the institution of civil marriage provides, such as the adoption of children by couples, using the surname of the spouse,

inheritance rights among others. Such contemplation by law, is nothing more than a fair application of the principles of equality, human dignity and sexual freedom.

Keywords: stable homosexual union; Identity of the Constitutional Subject; homosexual married; human dignity.

1 INTRODUÇÃO

Em cinco de maio de 2011, os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), julgaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, e reconheceram a união estável para casais homoafetivos. As ações foram ajuizadas, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

Enquanto na ADI se buscava a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e pediu que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis heteroafetivas fossem estendidos aos companheiros nas uniões homoafetivas. Na ADPF n. 132, pedia-se ao Tribunal que fosse aplicado o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro, sob alegação de que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, reconheceu que as relações homoafetivas, tais quais as relações heteroafetivas, estão pautadas no afeto. Por tal razão, a Corte Maior entendeu que, uma vez existente a união de duas pessoas, mesmo que sejam do mesmo sexo, ser for fundada na comunhão plena de vida e interesses e restar demonstrada de forma pública, contínua e duradoura, esta, alcança o patamar de família, e, por conseguinte, é considerada uma união estável.

O que fica visível, como fruto desta decisão do Supremo Tribunal Federal é que o Estado não tem o poder de criar, extinguir ou transformar as relações familiares, sejam elas emocionais, amorosas ou afetivas. Dentro desta construção lógica percebe-se que as uniões dos casais independente do gênero são resultado da cultura, da sociedade e da orientação sexual de cada indivíduo. Cabe, portanto, ao Estado albergá-las e declará-las, para fins de direitos e deveres.

Nessa nova perspectiva, a união de pares homoafetivos já é reconhecida como união estável, portanto, enuncia-se com isso a possibilidade da conversão em casamento civil homoafetivo, conforme disposição expressa na parte final do artigo 226 § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento civil. É neste sentido que também se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 25 de outubro de 2011 no julgamento do REsp n. 1.183.378 – RS, uma vez que reconhecendo as relações homoafetivas como entidade familiar, deve a lei facilitar sua conversão em casamento, pois estas não são menos dignas que as relações heterossexuais.

Seria de esperar inclusive que não há óbice para a habilitação das pessoas do mesmo sexo para o casamento civil, uma vez que se entende que o Instituto do casamento civil deveras é a forma que o Estado ampara melhor a entidade familiar, não podendo este ser negado às pessoas que queiram constituir sua família pela via do casamento civil, independente da orientação sexual dos habilitantes.

Vislumbra-se a possibilidade da conversão da união estável homoafetiva para casamento civil homoafetivo e sua habilitação direta pelos pares do mesmo sexo, sob a perspectiva idealizada por Michel Rosenfeld, na qual a identidade do sujeito constitucional está sempre se renovando, de acordo com o contexto histórico que se apresenta. Para ele o reconhecimento do respeito e da dignidade de cada pessoa, bem como a proteção aos direitos fundamentais como meio de legitimar as normas constitucionais corroboram para a formação da identidade constitucional.

O presente trabalho propõe demonstrar qual é o conceito material de família, o elemento essencial que constitui a família atualmente, pois isto ensejará a aplicação da proposta de diálogo entre as diferentes concepções sobre as identidades existentes na sociedade, sem que haja a adoção de uma dessas como dominantes, pautando-se em recentes decisões do STF, STJ e na interpretação constitucionalmente conforme do ordenamento jurídico brasileiro. A metodológica escolhida é fundamentalmente o raciocínio dialético, por uma análise constitucional, sempre com vistas a uma abordagem humanista do direito fundamental à homoafetividade.

2 O INSTITUTO DO CASAMENTO, A FAMÍLIA E O AFETO.

Deveras, é necessário ressaltar que há algum tempo já restou superada a ideia de que o objetivo e a finalidade central da vida dos indivíduos condicionavam-se ao casamento.

No passado, as relações familiares eram essencialmente patrimonialistas, entretanto, o tempo se encarregou de demonstrar a necessidade de reconhecimento das inúmeras formas conjugais e familiares que vigoram na sociedade, bem como considerar que o casamento passou a ser um meio através do qual as pessoas exercitam suas intimidades, desenvolvendo suas personalidades e almejando a realização plena. A evolução que ocorreu no conceito de família “só vem demonstrar que não se pode ter a pretensão de classificá-la em apenas um determinado tipo de relação. Deve-se ter em mente que o amor familiar entre os envolvidos é o principal elemento a ser considerado para o reconhecimento de uma relação” (VECCHIATTI, 2008, p. 196)

A família e o casamento passaram a ter nova função, vez que se objetivam a buscar a completude do ser, independentemente da forma em que são constituídos ou reconstituídos, prosseguindo com intuito de manterem-se até quando houver plenitude de afeto entre os seus membros. Tal concepção familiar é chamada de eudemonista, palavra grega cujo significado é nada mais, nada menos, que felicidade!

É inconcebível imaginar que em um passado muito próximo o atendimento às formalidades e prescrições legais era mais valorizado do que a proteção e a felicidade do seres envolvidos em um enlace matrimonial. O Estado só reconhecia como entidade familiar o universo de pessoas, no qual se compreendiam o pai, chefe de família, a mãe, dona do lar e procriadora, e os filhos, denominados “puros” como forma de dar-lhes nível superior, em razão de terem sido concebidos em uma relação onde o casamento foi estabelecido perante a Igreja e o Estado.

Naturalmente com a evolução da sociedade os conceitos mudam e os entendimentos são construídos e reconstruídos, isto posto é certo afirmar que atualmente o casamento é visto simplesmente como uma opção na vida do ser humano, que independentemente de aderir ou não a essa opção, sempre estará amparado pelo Estado e continuará sendo detentor dos direitos e garantias fundamentais disponíveis a todos.

Essa dinâmica alterou o cenário inclusive “com a valorização do afeto nas relações familiares [...] existe agora, uma nova concepção da família, formada por laços afetivos de carinho, de amor” (DIAS, 2010, p. 28). Nesta nova perspectiva Farias e Rosenvald (2011, p. 140), conceituam o casamento como sendo “uma das formas de regulamentação social da convivência entre pessoas que se entrelaçam pelo afeto”. E o que fica visível, como fruto dessas observações é que um novo modelo de família se apresenta, uma vez que há a tentativa de harmonizar a liberdade individual com os laços afetivos existentes no lar. Para (VECCHIATTI, 2008, p. 182):

[...] não obstante a inexistência de regulamentação expressa das relações homoafetivas, tem-se como princípio geral do Direito que aquilo que não é expressamente proibido tem-se por permitido. É inclusive o que estabelece nossa Constituição ao definir, em seu art. 5º, II, que ninguém será obrigado a deixar de fazer algo senão em virtude de lei [...].

Assim pode-se afirmar que o casamento civil, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preconiza com propriedade ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de discriminação, portanto trata-se de um direito humano que deve ser estendido indistintamente, independente da orientação sexual de cada um. Ter direito a casar-se é ter direito a expressar, liberar e fazer valer sua sexualidade, que é decorrente da própria natureza humana. Sendo, portanto, um direito natural, também se torna inalienável e imprescritível.

De outra compreensão não menos importante registra-se que todo ser humano é detentor de uma sexualidade e possui o direito de expressá-la. Discriminar alguém e suprimir-lhe um direito em virtude de sua orientação sexual é infringir copiosamente o princípio entalhado no art. 3º, IV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vez que há uma relação intrínseca da proteção da dignidade humana e a orientação sexual de cada indivíduo.

Procura-se portanto, daqui pra frente, traçar do modo mais sintético possível, uma distinção entre casamento civil e família para que se consiga chegar às inúmeras similitudes que podem elucidar a possibilidade da conversão das uniões estáveis homoafetivas em casamento e a habilitação direta para o casamento civil.

O conceito atual de família há muito, não é abreviado somente às uniões formadas pelo casamento, com o fim de procriação, limitando tal conceituação a casais heterossexuais. Por conseguinte a atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconheceu como entidade familiar, outras relações não advindas pelo casamento, abrangendo diversos modelos de entidades familiares, tais como as uniões estáveis, as famílias monoparentais e até mesmo as famílias unitárias.

O fundamento primário das uniões homoafetivas, tal qual qualquer outra entidade familiar, é um sentimento simples, desvincilhado de qualquer entrave ou condição, denominado “afeto”. O vínculo afetivo, a disposição de alma e a simpatia já são elementos mais que suficientes para a caracterização de uma identidade familiar, independentemente da orientação sexual, da cor, da idade ou da posição em que cada um ocupa nessa esfera de amor.

“ A família passou a ser, predominantemente, lócus de afeto, de comunhão do amor, [...] onde se tornou um meio para a realização pessoal de seus membros” (VECCHIATTI, 2008, p. 146)

Dentro desta nova Perspectiva, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, desde que preenchidos todos os requisitos da união estável, que, diga-se de passagem, são os mesmo requisitos necessários para o reconhecimento da união estável heteroafetiva. De forma bem consistente Farias e Rosenvald (2011, pp. 462-463) destacam os elementos,

i) diversidade de sexos; ii) estabilidade; iii) publicidade; iv) continuidade; v) ausência de impedimentos matrimoniais. É bem verdade que esses elementos, necessariamente, precisam estar conectados a um elemento principal que é o ânimo de constituir família, isto é, a intenção de estar vivendo como se casados fossem (a chamada convivência *more uxório*). É possível perceber, inclusive, que a intenção de estar convivendo como se casados fossem apresenta-se como elemento principal, fundamental para a caracterização da entidade familiar.

Analisando esses critérios haver-se-á de entender que os institutos do casamento civil, bem como da união estável são regimes jurídicos que visam regulamentar a entidade familiar por este prisma então vê-se que uma vez reconhecida à união homoafetiva como família conjugal, é obrigatório a facilitação da lei para a sua conversão em casamento civil.

Não permitir a conversibilidade implica em afirmar que o casamento civil teria um *status* social superior à união estável, ou então, que a união estável homoafetiva seria de “segunda classe”, o que é claramente discriminatório e afrontoso à isonomia. Se a conversão da união estável em casamento civil de pares homoafetivos não fosse intenção prevista e quista pela Suprema Corte, esta decisão estaria por servir apenas de forma paliativa aos homoafetivos, como se fosse uma solução provisória para um problema que deveria, ser devidamente tratado e regulamentado pelo Legislativo.

Do ponto de vista puramente formal, os artigos 226, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o artigo 1.726 do Código Civil de 2002 determinam obrigatoriamente ao Estado Brasileiro que facilite a conversão da união estável em casamento civil, seria de esperar inclusive que a partir de reconhecida a união homoafetiva como união estável, tem-se ordem constitucional que permite a sua conversão em casamento, bem como a possibilidade da habilitação ao casamento civil direto pelos casais homoafetivos, uma vez que não se pode usar a orientação sexual dos sujeitos como impedimento para a exclusão dos novos arranjos familiares, inclusive para negar o acesso à proteção jurídica representada pelo Instituto do casamento.

3 A IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL

Quando a diferença é transformada em desigualdade, o acesso a semelhantes direitos pode ocorrer de forma excludente, como no caso em que há uma imposição de dificuldades para se converter a união estável homoafetiva em casamento civil e esta exclusão se mostra mais forte quando o tema em pauta é o da admissão da habilitação direta ao casamento civil pelos pares homoafetivos. De que serviria o julgamento do Supremo Tribunal Federal, após o reconhecimento do status de união estável aos pares homoafetivos e declaração de que estes possuem direitos às mesmas conseqüências jurídicas dispensadas aos pares em união estável heterossexual, se a lei não facilitar que tal união se converta em casamento civil?

E mais se a Suprema Corte equiparou a união dos casais homoafetivos às uniões heterossexuais entende-se não haver óbice para o reconhecimento da habilitação direta ao casamento civil homoafetivo, pois esta afirmativa não traria qualquer negação de direitos fundamentais para os casais heterossexuais.

Em rigor o casamento traz consigo um status jurídico de reconhecimento e possui alguns aspectos distintos da união estável. Conceder este e negar aquele instituto aos pares homoafetivos é reduzir suas capacidades de escolhas, e seus exercícios autônomos de pretensões, como assevera Medeiros (2007, p. 119):

Como se observa, o reconhecimento não trata apenas da concessão de um pacote de direitos, em que pese essa concessão ser importante e contribuir em parte com o objetivo de melhoria de vida dos indivíduos empenhados na busca por reconhecimento de suas pretensões morais. A concessão de um status jurídico que não conduza a redução também se demonstra essencial, segundo Honnet, para a geração de auto-respeito e exercício autônomo de pretensões.

O Direito tem papel de grande importância por inclusão e autorrespeito das minorias, vez que o reconhecimento do outro como um componente da sociedade, detentor de iguais direitos e significância na formação coletiva da vontade, transcorre pelo reconhecimento de sua identidade como elemento da identidade plural do sujeito constitucional (OLIVEIRA, 2006).

Nesta direção, Michel Rosenfeld oferece uma proposta para estabelecer um diálogo entre as diferentes concepções sobre as identidades existentes na sociedade, sem que haja a adoção de uma dessas como dominantes. Para tanto, fundamenta-se na abertura da identidade do sujeito constitucional e no respeito à igualdade baseada na diferença. A identidade

constitucional surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto, especialmente no conjunto de uma “constituição viva” (SMEND, 1985, p.133), onde se torna o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e revisão. Neste ponto, sujeito e matéria constitucional devem ser considerados.

A matéria constitucional deve ser considerada como um objeto condenado à permanência incompleta e sempre suscetível de maior definição e precisão. Já o sujeito constitucional, reúne os constituintes e os que se encontram sujeitos à constituição, bem como os governantes e os governados. Por meio do discurso constitucional, a identidade homossexual torna-se admissível e pertinente à identidade do sujeito constitucional, de forma bem consistente Medeiros (2007, p.119) argumenta que,

O reconhecimento do outro, pelo direito, como um membro da comunidade com igual respeito e iguais possibilidades de atuação na formação coletiva da vontade, perpassa pelo reconhecimento de sua identidade como componente de identidade plural do sujeito constitucional.

As considerações elencadas anteriormente se confirmam na tese de Rosenfeld (2003), na qual encontra grande afinidade com as teses de Freud, Lacan e Hegel quando consideradas as ferramentas de reconstrução: negação, metáfora e metonímia. A ideia de Rosenfeld (2003) destaca que é preferível considerar o sujeito e a matéria constitucionais mais como uma ausência, um não ser, do que como uma presença.

Portanto este autor constrói sua tese, explicando que o sujeito constitucional também deve ser entendido como um hiato ou uma ausência em, no mínimo, dois sentidos: primeiramente, a ausência do sujeito constitucional, não nega o seu caráter indispensável, daí surge à necessidade de sua reconstrução; em segundo plano, o *constitucional subject* sempre envolve um hiato porque é inerentemente incompleto, estando aberto a uma necessária, porém, utópica, busca da completude.

Logo, a identidade constitucional deve ser construída opondo-se às outras identidades, uma vez que ela não pode sobreviver a não ser que permaneça distinta dessas últimas, mas por intermédio de um processo de reconstrução orientado no sentido de alcançar um balanceamento entre a assimilação e a rejeição das demais identidades relevantes. O discurso constitucional opera como um instrumental básico reconstrutivo formado por: i “negação”, ii “metáfora” e iii “metonímia”. Para Rosenfeld, a negação, a metáfora e a metonímia entrelaçam-se para selecionar, descartar e organizar os elementos conexos, visando produzir um discurso constitucional no qual o sujeito constitucional possa estabelecer a sua identidade. Em razão de o sujeito constitucional só poder emergir como um “eu” distinto,

através da exclusão e da renúncia, a negação se torna uma categoria decisiva. Em contraposição, a metáfora ou condensação, atua destacando as semelhanças em detrimento das diferenças, exercendo um papel unificador chave, ao produzir identidades parciais. A metonímia ou deslocamento dá ênfase na contiguidade e no contexto, e é fundamental para impedir que o sujeito constitucional se fixe em identidades que permaneçam tão sucintas e abstratas ao ponto de aplainar as diferenças que devem ser consideradas. As categorias operacionais são aplicadas na retórica jurídica e nos discursos constitucionais para justificar ou criticar as ordens constitucionais vigentes. Segundo Rosenfeld (2003), a interação entre os aparatos da negação, da metáfora e da metonímia acontecem em vários níveis, tendo múltiplas combinações e intersecções por consequência, que devem ser integradas com sucesso para proporcionar uma avaliação exaustiva da formação, da evolução e da dissolução reconstrutiva das identidades constitucionais. De um ponto de vista geral, a negação, através da determinação, da repressão e da renúncia, assume a função principal de esculpir a identidade do sujeito constitucional, juntamente com a metáfora e a metonímia que têm como tarefa, fornecer conteúdo aos respectivos papéis da identidade e da diferença.

Daí porque o tema esclarece que “o papel da negação no processo de estabelecimento da identidade do sujeito constitucional mostra-se multifacetado, intrincado e complexo, pois envolve funções como rejeição, repúdio, repressão, exclusão e renúncia” (ROSENFELD, 2003, p. 51).

Dessa forma, a negação delimita o sujeito constitucional ao fazer a intermediação entre identidade e diferença, mas referidas perspectivas somente podem obter formas determinadas por intermédio do trabalho da metáfora e da metonímia. Nesse sentido “a função metafórica exerce um papel essencial tanto na retórica jurídica quanto no discurso constitucional” (ROSENFELD, 2003, p. 62). No discurso jurídico e constitucional, ela explora similitudes e equivalências para afirmar vínculos de identidade, dentro de um processo dialético com diferenças e semelhanças.

Formula-se por comodidade didática, uma analogia utilizada pelo Judiciário para conferir direito às uniões estáveis homoafetivas, antes da decisão do Supremo Tribunal Federal. A função metafórica utilizada na analogia, prevista no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, estabeleceu semelhanças em detrimento das diferenças, conforme Azevedo (2001, p. 117) expõe claramente,

[...] a função metafórica utilizada na analogia, prevista no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, estabeleceu semelhanças, “o elo afetivo que identifica

as entidades familiares”, em detrimento das diferenças, “convivência duradoura, pública e contínua entre pessoas do mesmo sexo.

É justamente neste sentido que a união homoafetiva e a união heteroafetiva são idênticas, por serem ambas famílias conjugais pautadas pelo amor familiar. Entretanto, caso alguém venha conferir “diferenças” entre ambas, então cabível analogia por serem idênticas no essencial, ou seja, possuem os mesmos núcleos axiológicos, quais sejam, a dignidade das pessoas que compõe o agrupamento familiar, o amor e o afeto. Tais expressões, que desenham com tanta amplitude a abertura para os novos arranjos familiares.

Rosenfeld (2003) aduz que todos os seres humanos são iguais na qualidade de agentes morais que constitui a espinha dorsal do universo normativo coligado ao constitucionalismo, entretanto, apesar das similaridades, há também diferenças que devem ser consideradas pelo princípio da igualdade, uma vez que este somente ocorre com plenitude, quando é garantido o direito à diferença. Da mesma natureza como observa Azevedo (2011, p.118), pois,

Na construção, [...] de uma autoidentidade constitucional caracterizada pela orientação sexual diversa do padrão majoritário, a função metafórica tem sua importância no processo de estabelecimento de similaridades com grupos sociais em que tais características apresentam-se majoritariamente opostas ou distintas, em detrimento àquilo que as diferencia, ou seja, a preferência por determinada orientação sexual.

Em oposição à metáfora, a metonímia sempre invoca as diferenças em um contexto específico, de forma a apresentar um quadro que desvele o máximo possível de detalhes concretos, conduzindo a uma maior especificação. Se é verdade que à metáfora busca similaridades como forma de criar vínculos de identidade, também é importante ressaltar que nas palavras de (ROSENFELD, 2003, p. 50),

[...], a metonímia é essencial para se evitar que o sujeito constitucional se fixe em identidades que permaneçam tão condensadas e abstratas ao ponto de aplainar as diferenças que devem ser levadas em conta se a identidade constitucional deve verdadeiramente envolver tanto o eu quanto o outro.

A busca reconstrutiva da identidade do sujeito constitucional envolve, como foi visto, a complexa interação entre os processos de negação, metáfora e metonímia, que desencadearão na sobredeterminação, ou seja, na determinação de novos padrões no decurso das vias metafórica e metonímica na identidade constitucional. Essa sobredeterminação é compassiva às diferenças de tempo e lugar, dando permissão à identidade constitucional para que ela se desenvolva e se reinvente sem abrir mão das suas raízes pretéritas.

Dessa feita, a negação à identidade homossexual modifica o *status quo* da identidade constitucional, fazendo surgir uma lacuna que necessita ser completada pelos processos discursivos da metáfora e da metonímia. A nova identidade constitucional necessita, então, de um processo dialético, que busca estabelecer um equilíbrio entre a identidade e a diferença.

O processo metafórico desloca a identidade constitucional para além de preconceitos concernentes à homoafetividade, esquadrinhando similaridades nos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, e desprezando as diferenças que se referem às peculiaridades que desprenderam primeiramente do processo de negação. Por outro lado, o processo metonímico contextualiza as diferenças, apontando a identidade homoafetiva como elemento da identidade do sujeito constitucional, vez que as diferenças atinentes à orientação sexual passam a fazer parte da identidade constitucional, de forma dinâmica e contínua, mudando com as outras entidades relevantes.

Não se pode imaginar uma identidade constitucional completa ou fechada vez que necessário observar o pluralismo inerente ao constitucionalismo que carece de reconstrução constante para se garantir a dignidade da pessoa humana a todos sem qualquer distinção, caso contrário no entender de (MEDEIROS, 2007, p. 117),

[...] estaria a ser gerada uma inclusão guetificada, sem autonomia pública nem privada, que ao invés de incluir, integra a diferença em limites que a sufocam, não permitindo seu exercício e, acima de tudo, não a reconhecendo. A integração acaba por conduzir a uma diferença que só é tolerada, mas não é reconhecida, e só é tolerada quando da submissão a uma igualdade de visão de mundo que, paradoxalmente, a exclui.

A identidade homoafetiva, considerando a evolução constante que sofre a identidade do sujeito constitucional, não se fixa ou estabiliza. Pelo contrário, vive em constante abertura e mudanças, que dão azo a novos rearranjos e discursos reconstrutivos capazes de instituir novos parâmetros.

4 BREVE RELATO SOBRE O RECONHECIMENTO DO CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO PELAS VIAS DO PODER JUDICIÁRIO

Conquanto muitas vezes defendam a união homoafetiva, percebe-se uma inércia do Legislativo quanto ao tema, levando os casais homoafetivos a recorrerem ao Judiciário para garantia de direitos e deveres. Percebe-se que há na atualidade uma dissonância entre os fatos e as normas: os problemas sociais que avultam, em sua grande maioria têm a vertente atual da

sociedade heterogênea e pluralizada, por esta razão cabe ao Poder Judiciário julgar os casos concretos que chegam até ele.

Apresenta-se, pois o primeiro caso de pedido de casamento direto feito por duas mulheres no Estado do Espírito Santo, no qual o Juízo da Fazenda Estadual, Registros Públicos e Meio Ambiente, da Comarca de Colatina¹ julgou pela possibilidade jurídica da lavratura do registro de casamento, cujos contraentes sejam pessoas do mesmo sexo. O argumento utilizado pelo Juiz responsável pela Vara para o deferimento do pedido, se confirmam com as considerações elencadas anteriormente, onde o conceito de família e o instituto casamento não é exclusivo dos casais heterossexuais, logo a união de pessoas com a finalidade de estabelecimento de uma vida em comum, independente da orientação sexual, deverá ser tutelada pelo Estado.

Nesse sentido verifica-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, através de sua Corregedoria Geral da Justiça, publicou no Diário da Justiça, em 03 de janeiro de 2012 o Provimento nº. 001/2012, orientando e adotando regras para as serventias de foro extrajudicial que facilitam a vida de casais homoafetivos que querem formalizar a união homoafetiva em casamento civil. Portanto, basta requererem a conversão em cartório. E, por meio do Ofício Circular 59/2012 publicado em 16 de agosto de 2012, recomendou aos cartórios a unificação dos procedimentos referentes ao casamento civil não devendo haver qualquer diferença em relação ao sexo dos interessados.

A Suprema Corte deixou em aberto a possibilidade de casamento, o que vem ocasionando decisões desencontradas de juízes de primeira instância, pois “fez exatamente o papel de constituinte derivado, mas como não tem legitimidade para isso, utilizou o argumento de que se tratava de uma decisão interpretativa” (PINHEIRO FARO; JARDIM. 2011, p. 11). Consequentemente só haverá uma decisão uniforme em todo país se houver lei autorizando o casamento ou se o Supremo Tribunal Federal, mais uma vez for provocado, através do controle de constitucionalidade. Corrobora com este entendimento o julgamento realizado pela 4ª Turma do STJ em 25 de outubro de 2011, que pela primeira vez decidiu, por maioria, que um casal homoafetivo poderá habilitar-se para o casamento civil. Entretanto a decisão não tem força para vincular outros casos.

¹ O Ministério Público do Espírito Santo (MP-ES) recorreu da decisão do juiz de Colatina, na região Centro-Oeste do Espírito Santo, que autorizava o casamento civil entre duas mulheres no município. O matrimônio havia sido aprovado no dia 3 de agosto pelo juiz Menandro Taufner, da Vara da Fazenda Pública, e aconteceria nesta quinta-feira (16-08-2012), mas precisou ser suspenso. Notícia circulada em <http://g1.globo.com/>, acesso em 16/08/2012.

Logo, pode-se utilizar da interpretação constitucional que alterou o alcance, o sentido ou o significado do preceito legal do artigo 226 § 3º, em decorrência da aplicação direta dos princípios constitucionais, para interpretar que não há óbice para a habilitação direta ao casamento por casais homoafetivos?

Vislumbra-se que sim. Afinal, os institutos do casamento civil, bem como da união estável são regimes jurídicos que visam regulamentar a *família conjugal*, logo, vez reconhecida à união homoafetiva como família conjugal, é óbvio que não há a necessidade de um casal homoafetivo provar a união estável para se habilitarem diretamente ao casamento civil. Uma vez que, o casamento traz consigo um status jurídico de reconhecimento e possui alguns aspectos distintos da união estável. Conceder este e negar aquele instituto aos pares homoafetivos é reduzir suas capacidades de escolhas, e seus exercícios autônomos de pretensões.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, verifica-se que a partir do processo de reconstrução da identidade do sujeito constitucional torna-se pertinente a inclusão da identidade homossexual no direito constitucional brasileiro, com finalidade única de demonstrar que os pares homoafetivos possuem direito a um tratamento igualitário em relação à facilitação da conversão de suas uniões estáveis em casamentos civis, caso assim desejem, inclusive o direito de habilitação ao casamento civil direto, uma vez que este reconhecimento não se trata de negação de direitos fundamentais, e sim, da inclusão de uma minoria que está à margem da proteção legal e social. As relações homoafetivas são uma realidade e precisam ser enfrentadas.

A partir do instante em que a família conjugal é formada pelo amor familiar, baseado na comunhão plena de vida e interesses, demonstrada de forma pública, contínua e duradoura perante a sociedade, ela passa a ser reconhecida no ordenamento jurídico, e ganha então total proteção Estatal. De igual forma “todo e qualquer núcleo familiar, tenha sido constituído de que modo for, merecerá a proteção estatal, não podendo sofrer discriminações” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 136).

Verificado então, que a união estável formada por pares homoafetivos, contém as mesmas características das uniões estáveis formadas por pares heterossexuais, inclusive a característica mais importante, que é o afeto, não há porque não considerá-las ou protegê-las. No mesmo sentido, não há razões para se negar o direito ao casamento civil direto se esta for a vontade dos pares homoafetivos, pois tanto pelo entendimento utilizado pelo STF quanto o

do STJ para o reconhecimento da união estável homoafetiva, compreende-se que deve ser utilizado para garantir o acesso dos casais homoafetivos ao casamento civil.

Quando o direito assim age, não o faz criando novas leis ou regulamentos, mas tão somente impõe, através do princípio da isonomia, a aplicação da interpretação extensiva ou analógica prevista no art. 4º da nossa Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro.

Não há razão para desprezar as diretrizes do nosso ordenamento que impõe os direitos à igualdade e à dignidade a todos os cidadãos brasileiros, sem qualquer exclusão ou distinção. Apesar de serem minoria, os homoafetivos são detentores de todos os direitos fundamentais vigentes no ordenamento jurídico-constitucional, o que exclui qualquer deliberação majoritária.

Ademais, torna-se importante salientar que o reconhecimento do casamento civil homoafetivo não acarreta quaisquer prejuízos ao casamento enquanto instituição, mas tão somente permite um acesso mais igualitário e democrático a essa instituição jurídica por todos, vez que tal instituto continuará sendo concebido como uma comunhão de vida entre duas pessoas, decorrente de um ato solene, gerador de direitos e deveres aos cônjuges.

Deve-se considerar também, a quem interessa a negação de direitos aos casais homoafetivos, “indaga-se onde é que sobraria espaço, ou qualquer fundamento que seja de interpretação constitucional, para impedir que os casais homoafetivos tenham acesso aos mesmos direitos que os casais heterossexuais?” (RAGAZZI; GARCIA, 2011, p. 177-192). E completando a reflexão feita por esses autores, a partir do momento que o Estado reconhecer direitos aos casais homoafetivos, este reconhecimento não implicará em restrição de direitos aos casais heterossexuais.

Deveras, negar a possibilidade dos casais homoafetivos terem acesso ao casamento civil é excluir e discriminar uma minoria, sem qualquer fundamento no Direito.

Demasiadamente irrazoável reconhecer-se que os homoafetivos têm acesso a formas de proteção de sua afetividade, vez que passaram então a gozar do status de família e união estável, desde que tal constituição não chegue ao instituto do casamento, posto que este se encontra em um patamar distinto, fechado e concebível tão somente aos pares heterossexuais. Desnecessário demonstrar que tal entendimento é totalmente inconstitucional e antijurídico.

Através da reconstrução da identidade do sujeito constitucional, resta claro que os pares homoafetivos que gozam da união estável, em qualquer tempo, se assim desejarem, poderão ter suas uniões convertidas em casamento civil homoafetivo, como causa direta da aplicação dos princípios constitucionais da isonomia, da liberdade sexual e da dignidade da pessoa humana, como forma de proteção da diferença e da diversidade. Com efeito, resta

claro também que não há qualquer impedimento para que esses casais se habilitem de forma direta para o casamento.

Logo, tal como já exposto, em decorrência da aplicação direta dos princípios constitucionais, é obrigação dos Cartórios de Registro Civil, consolidar a vontade dos pares homoafetivos e transformar suas uniões estáveis em casamento, quando preenchidos os requisitos, quais seja, união pública, contínua e duradoura, com o intuito de constituir família, o que se dá quando haja comunhão plena de vida e interesses, pautada na lealdade, fidelidade e mútua assistência e também o reconhecimento do direito da habilitação direta ao casamento civil homoafetivo.

Ressalta-se que a lavratura do casamento não se confunde com a conversão da união estável em casamento, pois são institutos distintos. Diante dessa assertiva percebe-se que não existe necessidade do casal homoafetivo comprovar prévia existência da relação para se habilitar ao casamento civil, pois se assim fosse, em respeito ao princípio da isonomia o casamento civil para os habilitantes do sexo oposto também deveria ser negado, caso não houvesse a prévia comprovação de que vivem em união estável. Diferente da hipótese de conversão da união estável homoafetiva em casamento, que aliás é requisito tanto para as relações homoafetivas quanto para as relações heterossexuais.

É preciso destacar que a unificação dos procedimentos matrimoniais para casais heterossexuais e casais homoafetivos é medida que se impõe, pois diante da reconstrução do sujeito constitucional se torna inadmissível qualquer distinção em relação ao sexo dos interessados que queiram constituir família através do matrimônio.

À vista do que foi exposto, deduz-se que o reconhecimento do casamento civil homoafetivo trará uma gama de direitos a estas minorias que hoje não são reconhecidos, incluindo-as no processo democrático evitando, dessa forma as injustiças sociais que estes sujeitos veem sofrendo ao longo da história.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Silvagner Andrade de. **Reconhecimento judicial da união entre Pessoas do mesmo sexo como união estável e Entidade familiar: criação do direito ou Efetivação da constituição?**. 2011. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade mecum Saraiva**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Código Civil. Lei n. 10.406/2002. **Vade mecum Saraiva**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em: 06 ago. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2598238>>. Acesso em: 06. ago.2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PINHEIRO FARO, Julio; JARDIM, Lícia Bonesi. **União estáveis com pessoas do mesmo sexo são como casamentos**. Manuscrito, 2011.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro. Reconhecimento, Constitucionalismo e Casamento Homossexual. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**. Brasília, v.4, n.1, 113-126, jan/jul 2007.

RAGAZZI; GARCIA. **Princípios constitucionais**. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SMEND, Rudolf. *Constitución y derechos constitucional*. Madrid: Centro de Estudos Constitucionais, 1985.

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