

O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: REFLEXÕES À RESPEITO DA DECISÃO DO STF E DA RESOLUÇÃO N. 175 DO CNJ

Juliana Falci Sousa Rocha Cunha¹
Virgínia Afonso de Oliveira Moraes da Rocha²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar o instituto da união estável entre pessoas do mesmo sexo à luz da decisão proferida pelo STF na ADIN n. 4.277 e ADPF n. 132 e de acordo com a Resolução n. 175 expedida pelo CNJ. Inicialmente, será feita uma breve análise da dicotomia entre o casamento e a união estável e seus marcos históricos. Serão abordados vários conceitos doutrinários e jurídicos sobre o tema, fazendo-se uma apresentação das visões de seus autores e a influência de setores tradicionalistas e arcaicos da sociedade que tentam barrar de qualquer forma os avanços aos direitos dos homoafetivos. Em seguida, será feita uma abordagem sobre a decisão proferida pelo STF que autorizou a união estável entre pessoas do mesmo e os principais fundamentos jurídicos da decisão, estabelecendo, ainda, uma relação entre essa decisão e a Resolução n. 175 do CNJ. Por fim, a última etapa do trabalho visa definir os efeitos jurídicos do possível acolhimento da união estável e do casamento entre pessoas do mesmo sexo para a esfera jurídica brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: união estável; casamento; homoafetivo.

THE RECOGNITION OF CONSENSUAL MARRIAGE BETWEEN PEOPLE OF THE SAME SEX: SOME REFLECTIONS OF THE DECISION OF THE SUPREME COURT AND THE RESOLUTION No. 175 PASSED THROUGH CNJ

ABSTRACT

This study aims to analyse the consensual marriage between homosexual, according to the Supreme Court decision (ADIN no. 4.277 and ADPF no. 4277 and 132) and also the Resolution no. 175 passed through CNJ. The dichotomy between marriage and consensual marriage including their histories will be briefly analysed at the beginning. Doctrinal and legal concepts about this subject will be presented including some author's points of view and the influence of traditionalist and archaic members of the society which try to stop the advance of homosexual's rights. Then it will be examined the decision of the Supreme Court which authorized the consensual marriage between people of the same sex and also its main legal cause, establishing a link between the Supreme Court decision and the Resolution no. 175 passed through CNJ. Finally it will be defined the legal effects of the consensual marriage between them particularly in Brazil.

KEY WORDS: consensual marriage; marriage; homosexual.

¹ Advogada e Professora Universitária. Mestranda em Direito Empresarial. Especialista em Direito Empresarial e em Direito Civil. Graduada em Direito, Tecnologia em Processamento de Dados e Administração de Empresas. E-mail: jfcunha.bh@terra.com.br.

² Advogada, Professora Universitária, Especialista em Direito Público e Mestranda em Direito Empresarial.

1 Introdução

No censo de 2010, realizado pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, foram declarados como uniões homoafetivas no Brasil o total de 67.445. Esta estatística foi realizada antes do STF – Supremo Tribunal Federal ter admitido a união estável entre homoafetivos e da Resolução n. 175/2013 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, que admite o casamento de homoafetivos, os quais serão abordados no presente estudo. Assim sendo, acredita-se que no próximo censo será possível auferir dados que estejam mais de acordo com a realidade brasileira, posto que na ocasião do último censo além do preconceito da sociedade brasileira quanto à união e/ou casamento de homossexuais, a jurisprudência e a legislação não tratavam com o devido cuidado dos direitos desta minoria.

Recentemente foi realizada pesquisa no sítio da Câmara dos Deputados, sobre como deve ser a formação de uma família. Dos 233.545 votos computados até 15 de fevereiro de 2014, 52,83% afirmam que não concordam que a família deve ser formada somente por um homem e uma mulher, 47,59% acreditam que somente a união de pessoas de sexos diferentes formam uma família e 0,39% afirmaram não possuir opinião sobre o assunto. As enquetes no sítio da Câmara não servem como referência para ações legislativas e não possuem caráter científico, mas sinalizam os posicionamentos da sociedade brasileira.

Ademais, os argumentos jurídicos até aqui invocados pela doutrina e jurisprudência brasileira não foram capazes de estabelecer um paralelo eficaz entre a decisão proferida pelo STF que possibilitou a união estável entre pessoas do mesmo sexo e a Resolução n. 175/2013 expedida pelo CNJ que autorizou a celebração do casamento civil entre os mesmos.

De acordo com o desenvolvimento do trabalho, questionamentos foram feitos sobre a aplicação da Resolução n. 175/2013 do CNJ e se esse ato normativo estaria condizente com as determinações da mais alta corte do país. Também fora abordada a questão do poder legiferante do Conselho Nacional de Justiça.

Não se busca com o presente trabalho solucionar, de maneira pragmática, todas essas indagações. Apenas sinalizar um direcionamento para um início de debate.

Desta forma, verifica-se que o tema ora analisado- união estável entre pessoas do mesmo sexo – é árduo, configurando uma temática muito polemica, mas extremamente interessante e atual.

Assim, devido às várias mudanças de posicionamento da doutrina e da jurisprudência brasileira ao longo dos anos, a proposta do presente estudo é tentar conciliar, através de uma análise sistêmica, o instituto do casamento e o da união estável entre casais homoafetivos,

determinando a investigação de suas origens, conceitos, pressupostos, concepções teóricas e jurisprudenciais.

Nesse contexto, pretende-se demonstrar os fundamentos utilizados pelos ministros do STF ao julgarem a ADIN n. 4.277 e a ADPF n. 132 e os impactos produzidos com a expedição do ato normativo n. 175 pelo CNJ. Temas esses que afligem toda a comunidade, principalmente aquela que se encontra marginalizada por uma maioria dominante que a oprime e que lhe impõe um determinado comportamento padrão, baseados em uma pretensa inferioridade moral das relações homossexuais.

Diante desse breve introito, espera-se ter mostrado uma perspectiva geral do que será desenvolvido no presente estudo para, com isso, tentar provar que o direito de família convive com inúmeros paradoxos que possibilita à fomentação do positivismo matrimonialista.

2 A dicotomia entre casamento e união estável

2.1 Elementos configuradores do casamento

Imprescindível para a compreensão do presente trabalho a ideia de que a realização do casamento foi, durante anos, a única forma institucional para se constituir uma família. O casamento sofreu uma forte influência religiosa da igreja canônica, que elevou o instituto como a única esfera capaz, no ordenamento jurídico brasileiro, de representar verdadeiramente a família brasileira. Assim, o instituto do casamento tornou-se um norte referencial, tanto para o legislador quanto para o interprete, servindo como parâmetro para aplicação dos outros institutos. Preleciona NAMUR (2009) que “é inevitável de um modo geral mas também no direito de família, a existência de uma valoração interna do ordenamento positivo que ocorre no momento da elaboração da lei” .

Nesse sentido, enfatiza ALEXY (2005):

Quase mais atraente do que a referência a opiniões amplamente conhecidas é o recurso ao ‘sistema interno de valorações do ordenamento jurídico’ ou ao ‘sentido do ordenamento jurídico considerado em sua totalidade’. Esse modelo é tão correto como insuficiente. É insuficiente porque o sistema de valoração do ordenamento jurídico não é nenhuma medida fixa que determine como se deve conduzir certa valoração. As diferentes normas são cristalizações de pontos de vista valorativos completamente diferentes e, frequentemente, divergentes. Ademais, nenhum princípio é realizado ilimitadamente. Muitas vezes, nem sequer fica claro quais valorações estão contidas em uma norma e isso significa que se deve decidir novamente sobre o peso que se deve atribuir aos diferentes pontos de vista valorativos que cabe encontrar.

Para MANUR (2009), verifica-se, pois, a aplicação do direito pelo legislador ou pelo intérprete rastreado em valorações internas ou convicções pessoais, demonstrando assim, a ideia de que o casamento seria um modelo condicionante ou até mesmo um espelho para todo o direito de família.

Nada obstante, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, vislumbra-se o casamento como um ato solene, cuja finalidade seja a comunhão de vidas entre pessoas de sexos diferentes, de forma exclusiva e duradoura, baseado na vontade dessas pessoas, apesar de ser instituído por normas de caráter público, como nos ensina CAVALCANTI (2004). Não se pode aferir de forma cristalina qual seria a natureza jurídica do casamento, haja vista a existência de inúmeras teorias sobre o assunto. Entretanto, alguns pressupostos básicos lhe podem ser imputados. Verifica-se, pois, a necessidade de um ato solene, da vontade expedida pelas partes (consentimento) e da diferença de sexo entre essas pessoas que estão expressando a sua vontade.

Diz ser um ato solene porque determinados procedimentos devem ser cumpridos, tais como a habilitação, a celebração e o registro. Somente com a realização de procedimentos formais específicos é que se pode afirmar que os seus efeitos jurídicos serão produzidos. Sem dúvida, o ato matrimonial está envolto de formalidades, que uma vez descumpridas gera a inexistência do mesmo.

Para CAVALCANTI (2004) o consentimento livre, pressuposto necessário tanto para a constituição do casamento quanto para a sua manutenção, figura-se como um princípio do direito matrimonial contemporâneo. Em um primeiro momento, pode-se afirmar que seria a imposição da autonomia privada. Nesse diapasão, salientam OLIVEIRA e FERREIRA MUNIZ (1996):

O princípio da autonomia privada está presente em matéria matrimonial na liberdade de casar-se, na liberdade de escolha do cônjuge, e também, vistas as coisas pelo ângulo reverso, na liberdade de não se casar. NO plano dos efeitos patrimoniais do casamento, através do pacto antenupcial, têm os cônjuges liberdade de escolha do regime de bens a vigorar em seu casamento. Quanto aos efeitos pessoais do casamento, a regra geral é a da indisponibilidade, principalmente no que diz respeito aos aspectos essenciais do casamento.

Ademais, o casamento só poderá ser realizado entre pessoas que possuam diversidades de sexo. Esse princípio estruturante vem reforçar a posição tradicional emanada dos clássicos textos romanos, de acordo com FARIAS e ROSENVALD (2011). No que tange a esse aspecto, MIRANDA e MEDEIROS (2010) afirmam a existência de direitos independentes: de um lado o direito de “constituir família” e de outro o de “contrair casamento”. Não ignoram

as uniões de fato estabelecidas entre pessoas do mesmo sexo. Apenas enfatizam que essas pessoas não possam ter acesso ao casamento, em respeito aos princípios estruturantes da Constituição Portuguesa. Com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, ressalta CAVALCANTI (2004):

Apesar de não existir nenhuma regra escrita que determine a proibição dos homossexuais de constituir família, parece-nos que esse posicionamento se coloca em função de conceitos clássicos da família e do casamento, que sempre estabeleceram essas relações somente aos heterossexuais. E nossa Constituição atual reconheceu esse posicionamento mais uma vez, de forma literal (art. 226 da CF/88).

Sem dúvida, o Código Civil e a Constituição Brasileira adotaram tal entendimento, posicionando-se sobre a viabilidade jurídica do casamento apenas entre duas pessoas do sexo distinto (heterossexuais). Entretanto, já é plenamente possível enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo como família, não sendo ignoradas pelo ordenamento jurídico pátrio.

2.2 Histórico da união estável no Brasil e os seus elementos configuradores

Como o presente estudo analisará a união estável entre homoafetivos, é importante traçar a sua evolução histórica, que foi marcada por avanços tanto na seara constitucional como infraconstitucional.

De acordo com o Código Civil de 1916 e com os costumes daquela época, a família era considerada fruto do casamento e não havia qualquer referência à união informal. O casamento era indissolúvel, o que fazia com que algumas pessoas casadas que não viviam juntas de fato vivessem maritalmente com outra pessoa, sendo esta relação conhecida como “concubinato impuro”. Também existia o “concubinato puro”, que era aquele formado por pessoas que poderiam se casar, mas que não o faziam por opção pessoal. Ambas categorias eram aplicadas tão somente à relação existente entre homem e mulher.

No ano de 1963 o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 35: “em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”. Em 1964o mesmo Tribunal editou duas novas Súmulas reconhecendo a proteção ao concubinato. A primeira foi a Súmula n. 380: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. A segunda foi a Súmula n. 382: “a vida em comum sob o mesmo teto, ‘more uxorio’, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Mesmo não havendo legislação sobre a natureza alimentar no concubinato, mas considerando a realidade social da época, a jurisprudência passou a reconhecer o direito à inventariança, bem como à indenização por serviços domésticos, como, por exemplo, cozinhar e lavar roupa.

Posteriormente foi editada a Lei n. 6.015, que dispõe sobre registro públicos, a qual prevê nos parágrafos 2º e 6º, do seu artigo 57 o direito do uso do sobrenome do concubino pela concubina.

Frente à tudo isto, o legislador constitucional de 1988 se posicionou sobre o assunto, criando a figura da “entidade familiar”:

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

Desta maneira, procurando acabar com a discriminação com que a sociedade se referia ao concubinato, passou-se à tratá-lo como união estável, mas ainda assim ela tratava tão somente àquela realizada entre mulher e homem. Sobre isto, MADALENO (2008) nos ensina que:

Alterava a Constituição Federal de 1988 os paradigmas socioculturais brasileiros, ao retirar o concubinato do seu histórico espaço marginal e passar a identifica-lo não mais como uma relação de concubinato, mas doravante como entidade familiar denominada como união estável, assemelhada ao casamento, com identidade quase absoluta de pressupostos, com a alternativa de ser transformada a união estável em casamento.

Ademais, FARIAS e ROSENVALD (2008) acrescentam que a “união estável foi a nova terminologia empregada para indicar as relações afetivas decorrentes da convivência entre homem e mulher, com o intuito de constituir família, mas despida das formalidades exigidas para o casamento.

A alteração legislativa realizada pela Constituição de 1988 recebeu muitas críticas, muitos defendendo o distanciamento total entre o casamento e a união estável, bem como não admitindo a conversão da união estável em casamento. Contrariamente, outros doutrinadores acreditavam que a união estável deveria ser equiparada ao casamento, o que inclusive proporcionaria proteção à mulher que optasse por aquela entidade familiar. Na oportunidade foi até mesmo discutida a possibilidade das Varas de Família tratarem de questões relativas à

união estável, sendo que alguns juristas afirmavam que este tema deveria ser tratado pelas Varas Cíveis.

Assim sendo, coube à jurisprudência decidir diversas questões relacionadas à união estável, até que surgisse a Lei n. 8.971/94, que regulou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, tendo estabelecido como requisito o disposto no seguinte artigo:

Art. 1. A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Sobre a referida legislação MADALENO (2008) tece a seguinte crítica:

De má técnica legislativa, ambígua, gerou mais controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, quando, por exemplo, excluiu da sua atuação as uniões de pessoas separadas de fato, e também retrocedeu quando estabeleceu um tempo mínimo de cinco anos de convivência para a efetiva configuração da união estável, isto quando ausente prole, como se estabilidade do relacionamento fosse contada pelos dias e noites de coabitação e não pela qualidade e pela intensidade da relação afetiva.

De qualquer modo, a pioneira lei teve a virtude de chamar à consciência da generalidade dos tribunais que ainda conferiam subjetivas interpretações às uniões informais.

Posteriormente foi editada a Lei n. 9.278/96, que regulamentou o § 3º, do art. 226 da Carta Magna, extinguiu os requisitos citados acima e estipulou:

Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

MADALENO (2008) também criticou tal legislação, afirmando que ela “reconheceu a existência da união estável, no caso de haver precedentes separação de fato de conviventes casados, diante da evidência do desaparecimento do impedimento do casamento pela separação de fato”.

Entretanto, estas duas legislações foram substituídas pelo Código Civil de 2002, que não se furtou de tratar da união estável, conforme se verifica nos artigos 1.723 a 1.727, tendo como orientação o previsto na Constituição Federal. À respeito deste Código, PEREIRA (2002) afirmou que “embora tenham ocorrido mudanças, evoluções e melhorias em relação ao Código Civil de 1916, na prática, foram adaptações e evoluções dentro de um sistema em uma mesma estrutura”.

Assim, requisitos antagônicos ao do casamento são os da união estável. Trata-se de fato jurídico não solene que se diferencia do casamento principalmente no que tange à constituição e aos seus efeitos. Saliencia CAHALI (1996):

A união estável nada mais é do que um fato no mundo empírico com consequências jurídicas pela sua existência. Concomitantemente ao fato social, caracteriza-se como fato jurídico. No matrimônio, as partes, de início, promovem o registro civil, e a partir daí passam a receber a influência, na sua esfera jurídica, de todo o sistema legal do casamento, extensamente regulamentando, até mesmo quanto à sua celebração. Diverge, substancialmente, neste particular, a união estável do casamento, pois os companheiros passam a integrar o instituto não após o cumprimento das formalidades legais para a sua celebração, mas pela sua caracterização diante da conduta dos partícipes, passando, a partir daí, pela postura adotada no relacionamento, a ser atingida a esfera jurídica das partes, entre si e perante a sociedade e o Estado. Enquanto no casamento a constituição é celebrada a priori, na união estável sua caracterização é a posteriori, verificados os seus elementos essenciais.

Diferentemente do casamento, a união estável nasce da convivência, sem necessitar de um marco temporal. É a forma mais natural e simplificada de constituir família. Muitos doutrinadores entendem que o casamento e a união estável são institutos assemelhados, não devendo sequer estipular diferenças dogmáticas entre eles, pois na prática os efeitos seriam os mesmos. Entretanto diferenças existem e com o objetivo de sustentar a não equiparação da união estável ao casamento, WALD (2002) salienta que “a necessidade de conversão, ou o incentivo a ela, exclui evidentemente a equiparação da união estável ao casamento.

A Constituição ao prever a união estável como entidade familiar destacou alguns requisitos essenciais para a sua configuração, tais como durabilidade (certa continuidade), a publicidade e a “affectio maritalis”. Desta forma, não abarcou relações amorosas esporádicas, não se confundindo namoro com união estável. O simples vínculo afetivo, prolongado no tempo, não determina uma comunhão de vida, afastando a constituição da família. Com a inexistência de formalização, torna-se muito difícil a comprovação da união estável e a publicidade não pode atingir o direito constitucional à intimidade e privacidade. VELOSO (1997) engrossa este coro:

Apesar da lei ter usado o vocábulo ‘público’, como um dos requisitos para caracterizar a união estável, não se deve interpretá-lo nos extremos de sua significação semântica. O que a lei exige, com certeza é a notoriedade. Há uma diferença de graus: embora tudo que seja público é notório, nem tudo que é notório é público. Interpretando-se a norma com inteligência, tem-se de concluir que basta que a relação seja conhecida no meio social onde vivem os parceiros. Essencial é que um relacionamento,

para alcançar o patamar de união estável , não pode ser secreto , dissimulado clandestino.

Muitos companheiros, tendo em vista a dificuldade de comprovação dessa notoriedade, procuram firmar compromisso perante o Cartório de Notas, promovendo a escritura pública de união estável. Assim, ficam resguardados perante terceiro e entre eles. Para tanto, basta comparecerem ao cartório munidos de documento de identidade e apresentando duas testemunhas que saibam da notoriedade da relação. Outro mecanismo encontrado para garantir a proteção em face de terceiros é o registro dessa escritura no Cartório de Títulos e Documentos (Provimento n. 223/CGJ/2011, artigos 2 e 8).

Não há que se falar em união estável sem “*affectio maritalis*”. Essa representa o elemento de vontade que deve ser renovado frequentemente.É imprescindível que os companheiros estabeleçam comunhão de vida, objetivando criar uma família.

Em um passado não muito distante, verificava-se para a configuração da união estável do elemento diversidade sexual. Hoje tal pressuposto não é mais necessário, tendo em vista a decisão do STF.

2.3 Algumas propostas legislativas à nível nacional que tratam da união entre pessoas do mesmo sexo

No presente estudo serão brevemente tratadas algumas proposições sobre a união homoafetiva, não sendo este rol exaustivo. Há muitos anos o assunto vem sendo tratado pelo legislativo federal, mas muitas vezes de forma antagônica.

O Projeto de Lei n. 1.151/1995 foi um dos primeiros projetos que objetivou regulamentar a união civil entre pessoas do mesmo sexo, sendo de autoria da Deputada Marta Suplicy do PT/SP. Este projeto buscava assegurar à duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de união civil, protegendo assim o direito à propriedade, à sucessão e à equiparação ao cônjuge do(a) companheiro(a) do mesmo sexo que comprove a união estável como entidade familiar. Ele abordava a forma de registro civil da união, o reconhecimento das uniões não registradas, a forma do seu rompimento e também determinava que os entes federados disciplinassem a concessão de benefícios previdenciários dos seus servidores que viessem a comprovar que viviam em união homoafetiva, além de dar outras providências.

Entretanto, o Deputado Roberto Jefferson do PT/RJ apresentou substitutivo global ao referido Projeto, transformando a união em “contrato de parceria civil”, que por sua vez

também deveria ser registrada, não podendo ser reconhecida no caso de ausência do registro civil. Este substitutivo também trazia a proibição a quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes. Ele disciplinava de maneira mais específica os direitos sucessórios dos parceiros, a instituição do bem de família na parceria civil, além do direito à inscrição do parceiro(a) como beneficiário(a) do regime de Previdência Social como dependente e beneficiário(a) de pensão, inclusive com reflexos tributários. O Deputado Roberto Jefferson também tratou no referido substitutivo da possibilidade de composição de rendas dos parceiros para a aquisição da casa própria e abordou o reconhecimento do direito de parceiros à plano de saúde e ao seguro de vida.

Todavia, após discussões na Câmara dos Deputados, os líderes políticos entrarem em acordo e o Projeto e o seu substitutivo foram tirados de pauta em maio de 2001, tendo sido arquivados.

Também em 1995, a Deputada Marta Suplicy comandou a apresentação da PEC - Proposta de Emenda à Constituição n. 139, que visava alterar os artigos 3 e 7 da Constituição brasileira para promover, por exemplo, a liberdade de orientação sexual e proibir a diferenciação salarial, de exercício de funções e critérios de admissão, por motivo de orientação sexual. Entretanto, no ano de 1999 esta PEC foi arquivada.

Alguns anos depois foi apresentada a PEC n. 66/2003 pela Deputada Maria do Rosário Nunes do PT/RS, que almejava recuperar a PEC n. 139/1995. No mesmo ano também foi proposta a PEC n. 70 pelo Senador Sérgio Cabral que pretendia a alteração do § 3º, do artigo 226 da Constituição Federal para nele incluir a possibilidade de reconhecimento de união estável entre casais homossexuais. Todavia, em 2006 o próprio autor retirou tal proposta.

O Projeto de Lei n. 2.383/2003 foi apresentado pela Deputada Maria José da Conceição Maninha do PT/DF, que objetivava estender os planos e seguros privados de assistência à saúde às pessoas em união homoafetivas. Em 2005 foi apresentado o Projeto de Lei n. 6.297 pelo Deputado Maurício Rands do PT/PE, que buscava incluir na situação jurídica de dependente, para fins previdenciários, o(a) companheiro(a) homossexual do segurado(a) do INSS e o companheiro(a) homossexual do servidor e o(a) companheiro(a) homossexual do(a) servidor(a) pública civil da União.

No ano de 2007 o Projeto de Lei n. 2.285 de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro do PT/BA queria reconhecer como entidade familiar a união homoafetiva e assegurar aos parceiros o direito à guarda e à convivência com filhos, à adoção de filhos, além dos direitos previdenciários e à herança. Este projeto foi apensado ao Projeto de Lei n.

674/2007 proposto pelo Deputado Cândido Elpídio de Souza Vaccarezza do PT/SP que visava estabelecer o estado civil das pessoas em união estável como de consorte, entretanto ele foi arquivado.

No ano seguinte surgiu o Projeto de Lei n. 4.508/2008 apresentado pelo Deputado Olavo Calheiros Filho do PMDB/AL, abordava a proibição de adoção de filhos por parte de homossexuais. Sobre esta mesma matéria também foi proposto o Projeto de Lei n. 7.018/2010 pelo Deputado José Da Cruz Marinho do PSC/PA, ao qual foi apensado o Projeto de Lei n. 2.153/2011 de autoria da Deputada Anete Rocha Pietá do PT/SP, que objetivava, contrariamente aos projetos anteriormente abordados, permitir a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos.

O Projeto de Lei n. 4.914/2009, proposto por um grupo de deputados, dentre eles José Genoíno Neto do PT/SP e Fernando Gabeira do PV/RJ, pretendia aplicar à união estável de pessoas do mesmo sexo os dispositivos do Código Civil referentes à união estável entre homem e mulher, com exceção do artigo que trata da conversão em casamento. Mas, este projeto foi apensado ao Projeto de Lei n. 580/2007 do Deputado Clodovil Hernandes do PTC/SP, os quais foram arquivados e em 2011 desarquivados e apensados ao Projeto de Lei 5.120/2013 de iniciativa dos Deputados Jean Wyllys de Matos Santos do PSOL/RJ e Érika Jucá Kokaypt do PT/RJ, que busca reconhecer o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Em 2006 foi apresentado o Projeto de Lei Complementar n. 122 pela Senadora Iara Bernardi, que almejava os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, bem como estabelece as tipificações e delimitar as responsabilidades do ato e dos agentes.

Já o Projeto de Lei n. 3.712/2008 de autoria do Deputado Maurício Rands Coelho Barros do PT/CE quer incluir na situação jurídica de dependente, para fins tributários, o companheiro(a) homossexual do contribuinte do Imposto de Renda de Pessoa Física.

Em 2009 foi apresentado pelos Deputados Lucínio Castelo de Assunção do PSB/ES e Jairo Paes De Lira do PTC/SP, que estabelece que nenhuma relação entre pessoas do mesmo sexo pode equiparar-se ao casamento ou a entidade familiar. Este projeto foi apensado ao Projeto de Lei n. 580/2007, já tratado anteriormente.

O Projeto de Lei n. 1.865/2011, que também foi apensado ao já citado Projeto de Lei n. 580/2007, foi proposto pelo Deputado Salvador Zimbaldi Filho do PROS/SP e tem como objetivo facilitar a conversão da união estável em casamento civil, não admitida nas situações de pessoas que realizaram troca de sexo por métodos cirúrgicos.

Ademais, a Senadora Marta Suplicy do PT/SP propôs em 2011 o PLS - Projeto de Lei do Senado n. 612, para que sejam alterados os artigos 1.723 e 1.726 do Código Civil, permitindo assim o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Também existem duas propostas, que tramitam em conjunto, que visam convocar plebiscito sobre o reconhecimento legal da união homossexual como entidade familiar. O PDC - Projeto de Decreto Legislativo n. 521/2011 de autoria do Deputado e Pastor Marco Feliciano do PSC/SP, foi apensado ao Projeto de Decreto Legislativo n. 232/2011, proposto pelo Deputado André Zacharow do PMDB/PR. Outra proposta é o PDC - Projeto de Decreto Legislativo de Referendo ou Plebiscito n. 495/2011, também de autoria do Deputado e Pastor Marco Feliciano do PSC/SP, que tem o mesmo objetivo.

Contrariamente à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que será analisada a seguir, o Deputado João Campos de Araújo do PSDB/GO apresentou o PDC - Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo n. 325/2011, que pretende sustar os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ns. 132 e 178, as quais reconhecem a entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo. No mesmo sentido também foi proposto o PDC n. 637/2012 de autoria do Deputado Marco Antônio Feliciano do PSC/SP, o qual foi arquivando no início do ano seguinte à sua proposição.

Além disso, o PDC - Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo n. 871/2013 foi proposto pelo Deputado Arolde de Oliveira do PSD/RJ, que almeja sustar os efeitos da Resolução n. 175/2013 do CNJ - Conselho Nacional de Justiça, que dispõe à respeito da habilitação, da celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. No mesmo sentido, encontra-se no Senado Federal o PDS - Projeto de Decreto Legislativo n. 106/2013 de iniciativa do Senador Magno Malta, sob o argumento de que a referida Resolução “usurpa a competência do Poder Legislativo, ao extrapolar os limites do poder de regulamentar e esclarecer a lei”. Esta Resolução será oportunamente abordada neste trabalho.

Assim sendo, como se pode notar são muitas as proposições legislativas federais sobre tema união homoafetiva, mas apenas algumas delas foram tratadas no presente estudo. Além disso, a discussão sobre este assunto existe há muitos anos, mas pelo que se verifica ainda não existe efetivo consenso.

3 A decisão do STF: marco regulatório para o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo

3.1 Aspectos gerais

Em 2011 os ministros do STF - Supremo Tribunal Federal julgaram a ADIN - Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e a ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, tendo sido reconhecida a união estável entre mesmo sexo, o que até então não era admitido tanto pela legislação quanto pela jurisprudência brasileiras. As ações foram ajuizadas pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Estado do Rio de Janeiro (Sérgio Cabral), respectivamente.

O assunto gerou muita discussão na sociedade civil, mas após diversos apontamentos o STF reconheceu a união homoafetiva, buscando a igualdade entre os seres humanos, a valorização da dignidade da pessoa humana e suplantando a discriminação.

A ADPF n. 132 foi ajuizada em 2008, tendo o autor alegado que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais tais como igualdade e liberdade, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, todos previstos na Constituição da República. De acordo com o relator, devido à complexidade do tema e à sua relevância jurídica e social, excepcionalmente foram admitidos quatorze “amicus curiae”. O autor requereu que a Corte aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil vigente, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

A ADIN n. 4277, ajuizada em 2011, foi originariamente autuada à citada ADPF, sendo que a Presidência do STF opinou pela indeterminação do objeto da causa, conhecendo o processo como ADIN, devido ao fato da ação ter por objeto a interpretação “conforme a Constituição” do art. 1723 do Código Civil. A ADIN pretendia a obrigatoriedade da declaração do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, além da aplicação dos mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis aos companheiros de uniões entre pessoas do mesmo sexo, sob o argumento de que tal reconhecimento é fruto dos princípios constitucionais, tais como dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, segurança jurídica e vedação de discriminações.

O Ministro Ayres Britto, relator das ações, votou no sentido de que a interpretação fosse realizada de acordo com a Constituição Federal, visando excluir qualquer interpretação do artigo 1.723 do Código Civil no sentido de impedir o reconhecimento da união entre

pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. O relator alegou que o artigo 3º, inciso IV da Carta Magna proíbe discriminação em relação à sexo, raça e cor, não podendo assim qualquer pessoa ser discriminada em função da sua preferência sexual. Neste sentido, ele afirmou que “o sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”.

Os demais Ministros da Suprema Corte acompanharam o entendimento do Ministro Relator, admitindo a procedência da ADIN n. 4277 e da ADPF n. 132, com efeito vinculante.

3.2 Diversidade de argumentos apresentados pelos Ministros do STF

Tendo em vista a pluralidade de argumentos jurídicos apresentados pelos Ministros do STF, é relevante destacar alguns deles no presente trabalho.

O Ministro Ayres Britto, conforme já citado, proferiu decisão no sentido de admitir a união entre pessoas do mesmo sexo:

(...) julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Em seu voto, o relator aborda diversos temas relacionados ao mérito da questão, dentre eles a liberdade, a igualdade perante a Constituição brasileira e afirmou que a natureza sexual da pessoa, seja ela heterossexual ou homoafetiva, é tão forte que é difícil negá-la. Ele alegou que a preferência sexual de qualquer pessoa se baseia no princípio da dignidade da pessoa humana, conforme previsto no artigo 1º, inciso III da Carta da República. Ademais, ele lembrou que a Carta Magna veda o preconceito em razão do sexo e que a autonomia da vontade da pessoa natural é um direito subjetivo. Neste contexto ele acrescentou que é proibido discriminar as pessoas quanto à sua preferência sexual, existindo assim “o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos”. Quanto aos direitos constitucionais individuais da intimidade e da vida privada, o relator disse que por se tratarem de direito da personalidade, não é pertinente a “brutal intromissão do Estado no direito subjetivo a uma troca de afetos e satisfação de desejos”.

Após tais discussões, o relator passou a tratar das figuras jurídicas da família, do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção, à luz da Constituição

Federal, dando especial atenção ao seu artigo 226, que trata da família como “base da sociedade”. Neste ponto do voto ele disse que: “a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas”. No que tange à entidade familiar, o relator afirmou que não há “hierarquia ou diferença de qualidade jurídica” entre a entidade familiar e a família. Para ele, “o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se prefere, uma nova “entidade familiar”, seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos.”.

Finalmente, no que tange às diferenças entre união estável e casamento civil, o Ministro Ayres Britto alegou em seu voto que elas:

(...) já são antecipadas pela própria Constituição, como, por ilustração, a submissão da união estável à prova dessa estabilidade (...), exigência que não é feita para o casamento. Ou quando a Constituição cuidada forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§6º do art.226). Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade, de protagonização por pessoas do mesmo sexo.

O Ministro Luiz Fux, fundamentou grande parte do seu voto nos direitos fundamentais, tendo citado autores renomados como Robert Alexy. Ele afirmou que “trata-se de questão concernente a violação de direitos fundamentais inerentes à personalidade dos indivíduos que vivem sob orientação sexual minoritária”. Ele acrescentou que a homossexualidade é um fato da vida, uma orientação sexual (não uma opção) e uma característica da personalidade do indivíduo. Para ele “os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida”.

Para o referido Ministro, com base no inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal, pode-se dizer que não há vedação às uniões homoafetivas. O que deve ser questionado é “qual o tratamento jurídico a ser conferido, de modo constitucionalmente adequado, à união homoafetiva”. Assim sendo, ele alega que:

o silêncio legislativo sobre as uniões afetivas nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. (...) o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido.

Ademais, o Ministro Fux alegou que o artigo 226, parágrafo 3º da Carta Magna trata da união “entre homem e mulher”. Mas, a referida redação deu-se para “tirar da sombra as uniões estáveis e incluí-las no conceito de família”. Desta maneira, ele acredita que deve-se interpretá-lo à luz do artigo 1.723 do Código Civil, garantindo assim a união aos indivíduos heterossexuais.

A Ministra Carmem Lúcia afirmou em seu voto que “o que se extrai dos princípios constitucionais é que todos, homens e mulheres, qualquer que seja a escolha do seu modo de vida, têm os seus direitos fundamentais à liberdade, a ser tratado com igualdade em sua humanidade, ao respeito, à intimidade devidamente garantidos”. Ademais, ela disse que “a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluído o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem”.

Para o Ministro Ricardo Lewandowski, diferentemente do posicionamento de outros Ministros da mesma Corte, “(...) a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembleia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convolação em casamento”. Com base nisto, ele alegou que a relação homoafetiva não pode ser caracterizada “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 (...)”. Pensando como solucionar tal questão, ele propõe que:

(...) ante a ausência de regramento legal específico, pode o intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia, com o fim de colmatar as lacunas porventura existentes no ordenamento legal, aplicando, no que couber, a disciplina normativa mais próxima à espécie que lhe cabe examinar (...).

Como a relação homoafetiva é uma realidade, como afirmou o referido Ministro, não há como se furtar do seu enquadramento jurídico. Assim sendo, ele alega que:

(...) muito embora o texto constitucional tenha sido taxativo ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradoura não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, diante do rol meramente exemplificativo do art. 226, quando mais não seja em homenagem aos valores e princípios basilares do texto constitucional.

Segundo ele, “se está (...) a reconhecer uma “união estável homoafetiva”, por interpretação extensiva do § 3º, do artigo 226, da Carta Magna, mas uma ‘união homoafetiva

estável’, mediante um processo de integração analógica”. Desta maneira, reconhecendo a relação homoafetiva como entidade familiar, deve-se aplicar o instituto jurídico mais próximo, que no caso é a união estável homossexual.

O Ministro Joaquim Barbosa, ao iniciar o seu voto afirmou que não há óbice na Constituição ao “reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas”. Para ele o reconhecimento das uniões homoafetivas “encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio a igualdade e da não-discriminação”.

O Ministro Gilmar Mendes assegurou em seu voto que o fato da Constituição Federal prever a união estável entre homem e mulher não exclui a possibilidade da união entre pessoas do mesmo sexo. Ele acrescentou que o fato da Carta brasileira não ter tratado da união homoafetiva acarretou uma lacuna na legislação pátria. Ele reconheceu a existência da referida união “por aplicação analógica, ou, se não houver outra possibilidade, mesmo extensiva, da cláusula constante do texto constitucional”, sendo este um caso claro de proteção dos direitos fundamentais. Além disso, ele destacou que “não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel ativo, ainda que provisoriamente, pois se espera que o legislador autêntico venha a atuar. Mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo”.

O referido Ministro acredita que:

(...) a questão da união entre pessoas do mesmo sexo não se restringe apenas a uma exigência de formulação de políticas públicas, mas, sim, ao reconhecimento do direito de minorias, de direitos básicos de liberdade e igualdade. Tais direitos dizem respeito à liberdade de orientação sexual, de desenvolvimento da personalidade e de reconhecimento da união homoafetiva como relação jurídica legítima, e exigem um correspondente dever de proteção do Estado, por intermédio de um modelo mínimo de proteção institucional, como meio de se evitar uma caracterização continuada de discriminação.

Assim sendo, o Ministro concluiu que a decisão favorável à união estável não deve estar embasada no artigo 226 da legislação constitucional ou no artigo 1.723 do Código Civil. Para ele a fundamentação deve estar nos:

(...) direitos de minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF) – dentre outros (...) –, os quais exigem um correspondente dever de proteção, por meio de um modelo de proteção institucional que até hoje não foi regulamentado pelo Congresso.

No início do voto do Ministro Marco Aurélio tratou dos argumentos contrários ao reconhecimento da união entre heterossexuais:

A corrente contrária a tal reconhecimento argumenta que o § 3º do artigo 226 da Carta da República remete tão somente à união estável entre homem e mulher, o que se poderia entender como silêncio eloquente do constituinte no tocante à união entre pessoas de mesmo sexo. Além disso, o artigo 1.723 do Código Civil de 2002 apenas repetiria a redação do texto constitucional, sem fazer referência à união homoafetiva, a revelar a dupla omissão, o que afastaria do âmbito de incidência da norma a união de pessoas de sexo igual.

Entretanto, o douto Ministro após algumas análises sobre Direito e Moral, afirmou que para solucionar a questão em tela, “independe do legislador, porquanto decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial do direito à dignidade da pessoa humana, sob a diretriz do artigo 226 e parágrafos da Carta da República de 1988, no que permitiu a reformulação do conceito de família.”

Ao final, ele conclui quanto à correta interpretação do previsto no § 3º, do artigo 226 da Constituição Federal:

Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários.

No que se refere ao voto do Ministro Celso de Melo, ele afirmou que a extensão da união estável à união homoafetiva encontra-se embasada nos:

princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do (...) direito à busca da felicidade (...) fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.

Ele também abordou a importância do STF assegurar a “proteção às minorias e aos grupos vulneráveis”, mesmo que sobre forte atuação contrária de grupos majoritários, os quais não podem se sobrepor “aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República”.

Quanto ao ativismo judicial, principalmente no que se refere à causa em análise, o Ministro Celso de Melo disse que o STF “ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional”, ou seja, a decisão da Suprema Corte sobre a união homoafetiva só se fez necessária devido à inação ou desrespeito do Poder Legislativo à Carta Constitucional. Assim sendo, para ele surge a necessidade da referida Corte praticar o ativismo judicial.

Além disso, o Ministro Celso Peluzo, Presidente do Tribunal na ocasião do julgamento em análise, acrescentou que o § 3º, do artigo 226 da Constituição Federal não exclui “outras modalidades de entidade familiar”, não sendo assim “*numerus clausus*”.

Como o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Celso Peluzo tratou do ativismo judicial, afirmando que a partir da decisão em análise caberá ao Legislativo atuar efetivamente na regulamentação das uniões homoafetivas. Ele finalizou afirmando que a presente decisão “opera por si, mas não fecha os espaços de legislação pelo Congresso Nacional”.

4 A resolução n. 175 do CNJ: a obrigatoriedade dos cartórios em celebrar casamento entre pessoas do mesmo sexo

A Resolução n. 175 do CNJ, editada em 14 de maio de 2013, dispõe sobre “a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo”, nos seguintes termos:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

A referida Resolução toma como base:

CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo no 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013;

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário;
CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo;
CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988;

O julgamento do RESp n. 1.183.378/RS, citado acima, ocorreu em outubro de 2011. Trata-se de recurso interposto por duas mulheres do Rio Grande do Sul que viviam em união estável e tiveram o pedido de habilitação para o casamento negado tanto em Primeira como em Segunda Instâncias, tendo esta alegado que não há possibilidade jurídica para o pedido, posto que somente o Legislativo tem competência para instituir o casamento homoafetivo. Entretanto, a Quarta Turma do STF decidiu que a dignidade da pessoa humana, prevista na Constituição da República, não sofre alteração em razão do uso da sexualidade e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir família da proteção jurídica do casamento.

Ao decidir sobre a Resolução n. 175 o STF, por maioria, decidiu que se quisesse o legislador poderia ter utilizado expressão restritiva não permitindo assim com que ocorresse o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que não foi o caso. Desta maneira, não há o que questionar sobre a possibilidade do casamento entre homossexuais.

Quanto ao conteúdo das decisões citadas na Resolução n. 175 do CNJ, nota-se que elas abordam a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas homossexuais. Tais julgados não trataram do casamento civil, mas alguns operadores do direito, dentre eles BUENO (2013), acreditam que o fundamento dessas decisões, aplicáveis às uniões homoafetivas, também podem ser aplicadas ao casamento entre pessoas homossexuais. Além disso, o referido autor acrescenta que as decisões tomadas pelo STF foram em sede de ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e ADI – Ação Direita de Inconstitucionalidade. Assim sendo, conforme dispõe o artigo 102, § 2º, da Constituição Federal, as decisões proferidas em sede de ADI produzirão eficácia contra todos, bem como efeito vinculante com relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, tanto nas esferas federal como nas estadual e municipal. Entretanto, nota-se que os Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais não integram a Administração Direta ou Indireta, eles são exercidos em caráter privado, mas por delegação do Poder Público, o que não exclui, segundo BUENO (2013), “a submissão desses profissionais do Direito às decisões proferidas pelo Judiciário, em especial às dos Tribunais Superiores, às quais a Constituição atribui os efeitos acima mencionados”.

Observa-se também que a Resolução n. 175 afirma que o seu descumprimento “implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis”. Estas “providências cabíveis” são as previstas na Lei n. 8.935/94:

Art. 32. Os notários e os oficiais de registro estão sujeitos, pelas infrações que praticarem, assegurado amplo direito de defesa, às seguintes penas:

I - repreensão;

II - multa;

III - suspensão por noventa dias, prorrogável por mais trinta;

IV - perda da delegação.

Nesse aspecto, é importante ressaltar que todos os cartórios do país vêm realizando a celebração do casamento entre homossexuais, uma vez que as Corregedorias de Justiças estão determinando o cumprimento, na íntegra, da Resolução n. 175 do CNJ, não cabendo a manifestação da opinião do oficial.

5 Os limites do acórdão do STF e as consequências geradas pela decisão do CNJ no ordenamento jurídico brasileiro

De acordo como artigo 226, § 3º da Constituição da República, a união estável entre homem e mulher será considerada entidade familiar. É importante ressaltar o requisito diversidade sexual previsto nesse artigo. Idêntica disposição consta no artigo 1.723 do Código Civil. Questiona NADER (2006) a impossibilidade da união estável nas relações homoafetivas, só constatando tal avanço caso a jurisprudência brasileira consiga sobrestar a barreira imposta pela Constituição, medida essa já adotada por diversos países.

Sobre esse ponto, DIAS (2010) afirma tratar-se de um grande preconceito do constituinte pátrio, ao permitir que a união estável se estabeleça somente entre pessoas de sexos diferentes.

Em recente decisão do STF (ADI n. 4.277/DF e ADPF n. 132/RJ), restou clara a possibilidade da união estável entre homoafetivos. A decisão limitou-se a declarar a existência de união estável entre pessoas do mesmo sexo, operando efeito erga omnes. Em momento algum, a suprema corte brasileira autorizou a realização de casamento entre pessoas do mesmo sexo, até mesmo porque outras ações que versam exclusivamente sobre o tema ainda não foram julgadas no mérito pelo pleno do Tribunal.

Assim, algumas pessoas questionaram a legitimidade do CNJ para editar a Resolução analisada, mas esclarece-se que o órgão possui legitimidade constitucional para

editar norma que orienta a atuação dos cartórios, conforme prevê o seguinte artigo da Carta Magna:

Art. 103-B (...)

II. zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

Um dos questionamentos sobre a Resolução n. 175 do CNJ foi realizado através do Mandado de Segurança n. 32.077, impetrado perante o STF pelo PSC - Partido Social Cristão, sendo que o Relator, Ministro Luiz Fux, em decisão monocrática indeferiu a inicial, extinguindo o processo sem resolução do mérito. Preliminarmente, o Ministro esclareceu que as resoluções do CNJ têm caráter de espécie normativa primária, ou seja, qualificam-se como “lei em tese”, “razão por que não se submetem ao controle jurisdicional pela via do mandado de segurança, atraindo, por isso, a incidência, na espécie, da vedação contida na Súmula 266 desta Corte (STF -Súmula 266: Não cabe mandado de segurança contra lei em tese)”. Assim sendo, o autor deveria ter realizado o seu questionamento através de controle abstrato de constitucionalidade e não ter-se utilizado de Mandado de Segurança.

Ademais, o Ministro Relator acrescentou que o poder normativo do CNJ já foi examinado pela Corte Suprema na ADC – Ação Direta de Constitucionalidade n. 12/DF, cujo Relator foi o Ministro Ayres Britto. Em tal ocasião, tratava-se da Resolução 107 do CNJ, tendo sido decidido que o órgão é competente para editar atos normativos primários e que esta competência lhe foi atribuída genericamente pelo constituinte derivado através do artigo 103-B, § 4º, inciso II da Constituição da República, o qual foi inserido pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Com base no referido artigo da Carta Constitucional, o Ministro Luiz Fux alegou que:

Da leitura do indigitado preceito, extraem-se duas competências: (i) zelar pela observância do art. 37 e (ii) proceder à apreciação da legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo, inclusive, desconstituir tais atos ou fixar prazo para que se adotem, in concreto, as providências necessárias à estrita observância da lei. Interessa, no caso sub examine, a segunda atribuição. Ora, se incumbe ao Conselho Nacional de Justiça proceder, nos casos concretos, a tal avaliação (i.e., desconstituir os atos editados por órgãos e membros do Poder Judiciário, revê-los ou fixar prazo para que se adotem providências necessárias ao estrito cumprimento da lei), é inelutável a sua competência para regular in abstracto tais assuntos, antecipando, por meio de

Resoluções, o seu juízo acerca da validade ou invalidade de uma dada situação fática.

O que se verifica com a Resolução em análise é que o legislador “cochilou” em não regular tal matéria, mesmo frente à demanda social. Assim sendo, CARVALHO (2013) acredita que o Conselho Nacional de Justiça agiu para garantir direito à parcela da sociedade:

A resolução do CNJ evidencia de forma clara a omissão do Poder Legislativo em tratar deste tema, cuja inércia, não obstante as diversas manifestações da sociedade civil, reflete a homofobia e o preconceito ainda presentes na atuação de grande parte dos parlamentares que os impede de promover direitos à população LGBT.

(...)

A decisão do CNJ evidencia a desigualdade jurídica em que se encontram os casais homoafetivos, a quem são aplicadas as mesmas obrigações constitucionais e infraconstitucionais que à maioria da população, sobretudo no que diz respeito às obrigações tributárias, cíveis e penais, mas que não tem garantidos os mesmos direitos reservados aos casais heteroafetivos. Assim, resta evidente que os direitos são promovidos de forma desigual aos cidadãos, e no caso específico da população LGBT, este segmento da sociedade possui menos direitos garantidos que o restante da população heterossexual. A falta de atuação do Poder Legislativo perpetua a desigualdade jurídica em que se encontra a população LGBT e o desrespeito ao artigo 5º da Constituição Brasileira.

Todavia, nota-se que mesmo frente aos argumentos apresentados existe na Câmara dos Deputados um PDC - Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo n. 871/2013, com o objetivo de sustar os efeitos da Resolução n. 175 do CNJ. Este projeto é de iniciativa do Deputado Arolde de Oliveira do PSD/RJ. Ele já foi aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, presidida pelo Deputado e Pastor Marco Feliciano do PSC/SP, que afirma que Resolução "extrapolou as competências do órgão e avançou sobre as prerrogativas do Poder Legislativo". Atualmente, o PDC aguarda designação de Relator na CCJC - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

O que realmente causa repulsa é o fato de que a Resolução n. 175 do CNJ vem sendo cumprida, em sua integralidade, por todos os cartórios do país. Em um primeiro momento não se vislumbra qualquer empecilho quando os cartórios celebram a conversão da união estável em casamento, pois essa foi a intenção do legislador pátrio: incentivar a conversão da união estável em casamento, conforme estabelece o § 3º, do artigo 226 da Constituição da República, o artigo 1.726 do Código Civil e o artigo 8 da Lei 9.278/96. Assim, se a conversão da união em casamento foi incentivada pelo poder constituinte, nada mais justo que estendê-la para as pessoas do mesmo sexo.

No que tange aos efeitos da conversão da união estável em casamento, enfatizam FARIAS e ROSENVALD (2011):

Vale sublinhar, ainda, que a transmutação produzirá efeito retro-operantes, devendo ser considerado o casamento desde o início da convivência. Contudo, os efeitos patrimoniais da conversão da união estável em casamento, de outra banda, são ex nunc, não retroativos, mantendo-se, pois, os efeitos patrimoniais da união estável até a data da celebração do casamento. Aliás, não custa lembrar que o art. 1725 da Lei Civil determina a aplicação à união estável das regras do regime de comunhão parcial, ocorrendo, assim, a comunhão dos bens adquiridos a título oneroso na constância do relacionamento. Por idêntico raciocínio, se o casal havia realizado contrato de convivência, ele deve ser respeitado integralmente. Essa solução, inclusive, resguarda os interesses de terceiros.

Desta forma, vislumbra-se a perfeita conversão da união estável em casamento entre casais homoafetivos, pois assim quis a Constituição da República, devendo ser realizada uma verdadeira interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

O que causa estranheza é a celebração direta do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Aqui não se trata de conversão e sim de casamento, extrapolando os limites da decisão do STF. Ora, como pode uma resolução expedida pelo CNJ contrariar uma decisão prolatada pela Corte Suprema do país com efeito “erga omnes”? Ademais, o CNJ que expediu a resolução possui competência para legislar sobre tal matéria, usurpando a competência do Poder Legislativo?

À título de argumentação, caso o STF julgue inconstitucional a celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo, como ficariam os casamentos já celebrados em todo o país, baseados na Resolução 175 do CNJ? Não se pode precisar de forma absoluta quais seriam as soluções para a presente resposta. A decisão do STF teria, presumidamente, efeito erga omnes e se os Ministros entendessem pela não modulação dos efeitos, tal decisão teria efeito “ex tunc”, tornando inexistentes milhares de casamentos já realizados. Restaria configurado um enorme atrito entre o STF e o CNJ e uma enorme instabilidade para o país.

No que tange ao instituto da inexistência, vale destacar o posicionamento de MADALENO (2008):

A inexistência do casamento completa o capítulo das invalidades matrimoniais, bipartindo-se estas últimas em nulidade e anulação, por cujas invalidade o casamento existiu, mas por estar impregnado de um vício de origem resultará invalidado por um decreto judicial de nulidade ou de anulação do matrimônio, conforme a maior ou menor gravidade de que se reveste o vício apurado, ao contrário do casamento inexistente, onde é dispensada a intervenção judicial de um casamento que, no plano jurídico, jamais existiu.

Salienta DIAS (2010):

A teoria da inexistência jurídica, que nasceu no âmbito do direito matrimonial, migrou para a teoria geral e passou a ser aplicada também nos atos e negócios jurídicos. Cabe lembrar que, quando se fala em inexistência, não se está falando em inexistência material, mas em inexistência jurídica. É algo que existe faticamente, mas não tem relevância jurídica. Não possuindo conteúdo jurídico, não pode produzir nenhum efeito jurídico. A grande dificuldade, porém, é estabelecer a distinção, no plano teórico, entre o nulo e o inexistente, o que faz surgir delicados problemas de fronteira. Trava-se séria discussão, em sede doutrinária, na tentativa de estabelecer os elementos essenciais à existência do negócio jurídico em geral. Não há consenso em identificar quais seriam esses elementos cuja falta acarretaria sua inexistência: se o objeto, a forma ou a causa; o que deixa a impressão de trilha de um caminho falso, de modo a levar a resultados arbitrários e insatisfatórios.

De qualquer maneira, independente dos questionamentos, a Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça é um relevante ato normativo, que efetiva direito de parcela minoritária da sociedade, aos quais até então não era permitido o casamento civil.

6 Conclusão

O presente trabalho analisou um dos temas mais polêmicos e atuais dentro do Direito de Família: a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo. O propósito do presente estudo foi o de refletir sobre esse instituto e tentar compreender, de uma forma mais sistêmica, a sua praticabilidade na esfera jurídica brasileira.

Destaca-se que os argumentos aqui desenvolvidos possuem como pano de fundo a decisão proferida pelo STF na ADIN n. 4.277 e na ADPF n. 132 e na Resolução n. 175 expedida pelo CNJ.

Embora existam enormes paradoxos na efetivação desse direito, vislumbra-se uma modernização e até mesmo uma abertura por parte da sociedade brasileira em tentar preservar e resguardar direitos fundamentais de uma minoria que clama por uma vida digna. Minoria essa composta por homossexuais que se encontram numa posição de discriminação sob a suposta alegação de inferioridade moral.

Desta forma, deparamo-nos com avanços inimagináveis para o pensamento de uma sociedade fortemente arraigada no catolicismo. Assim, o STF ao reconhecer a constitucionalidade da família baseada no afeto entre casais homoafetivo e o Conselho Nacional de Justiça ao determinar o cumprimento desse direito por todos os cartórios, demonstraram a evolução do pensamento jurídico brasileiro, colocando em primeiro plano o princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, vivencia-se no país, ainda, uma instabilidade, onde os limites e os efeitos da decisão do STF e do CNJ não estão completamente pacificados. Assim, o presente estudo procurou harmonizar possíveis divergências e suscitar reflexões, uma vez que o estudo do Direito deva ser dinâmico e espelhar, sempre que possível, os anseios de sua população, mesmo que seja de uma parcela minoritária.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2.ed. São Paulo: Landy Editora, 2005

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 8.935/94, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 nov. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm>. Acesso em: 14 fev. 2013.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 fev. 2013.

BRASIL. Provimento n. 223/CGJ/2011. Codifica os atos normativos da Corregedoria –Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais relativos aos serviços notariais e de registro.

BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011.

BUENO, Octávio Ginez de Almeida. O casamento homoafetivo e a Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça: efetivação dos direitos da pessoa humana. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3612, 22 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24504>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

CAHALI, Francisco José. União estável e alimentos entre companheiros. São Paulo: Saraiva, 1996.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/>>. Acesso em: 11 fev. 2013.

CARVALHO, Henrique Rabello. Resolução mostra desigualdade jurídica com homossexual. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 04-Jun-2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-04/henrique-carvalho-regra-cnj-mostra-desigualdade-juridica-homossexual>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. *Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais*. 1. ed. Barueri: Manole, 2004.

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

DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva, o preconceito e a justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias: de acordo com a Lei n. 11.340/06 – Lei Maria da Penha e com a Lei n. 11.441/07 –Lei da Separação, Divórcio e Inventário Extrajudiciais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JÚNIOR, Enézio de Deus Silva. *União Estável entre Homossexuais: comentários à decisão do STF face à ADI 4.277/09 e à ADPF 132/08*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MOREIRA, Adilson José. *União Homoafetiva: a Construção da Igualdade na Jurisprudência Brasileira*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 5, 2006.

NAMUR, Samir. *A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no direito de família*. 1.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; FERREIRA MUNIZ, Francisco José. *Direito de Família: direito matrimonial*. 1.ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da União Estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 225-242.

SANTOS, Simone Oroschi Ivanov dos. *União estável: regime patrimonial e direito intertemporal*. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

VELOSO, Zeno. *União estável*. Belém do Pará: Cejusp, 1997.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: o novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.