



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

RENATA ADJUTO CARDOSO PELLEGRINI

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL
HOMOAFETIVA EM CASAMENTO CIVIL**

BRASÍLIA/DF

2012

RENATA ADJUTO CARDOSO PELLEGRINI

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL
HOMOAFETIVA EM CASAMENTO CIVIL**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Júlio César Lérias Ribeiro

**BRASÍLIA/DF
2012**

RENATA ADJUTO CARDOSO PELLEGRINI

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL
HOMOAFETIVA EM CASAMENTO CIVIL**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Professor Júlio César Lérias Ribeiro

Brasília, 05 de outubro de 2012.

Banca Examinadora

Júlio César Lérias Ribeiro
Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

AGRADECIMENTO

Agradeço aos meus pais, João Carlos e Soraia, que não mediram esforços para realização dos meus sonhos e por toda confiança em mim depositada.

Aos meus irmãos, Otávio, Fábio e Izabela, e afilhado por todo amor e compreensão.

Ao meu marido Davi, pela paciência, companheirismo e amor incondicional.

Agradeço também a meus amigos por toda assistência a mim dispensada, em especial, Brunna, Bianca, Nuno e Lucas.

Agradeço, em especial, ao meu orientador, Professor Júlio César Lérias Ribeiro, que me ofereceu todo o suporte necessário para a realização deste trabalho.

RESUMO

O trabalho trata sobre a possibilidade de conversão da união estável homoafetiva em casamento a partir do reconhecimento dessa união como entidade familiar, devendo tal conversão ser facilitada conforme preleciona a Constituição Federal e seus princípios. Ao problema sobre se é possível juridicamente a conversão da união homoafetiva em casamento colocou-se a hipótese afirmativa. Verificou-se a hipótese, dentre outros, através da interpretação do ordenamento pátrio. Reconhecia-se, primeiramente, como entidade familiar somente aquela constituída pelo casamento. Ocorre que, o Direito de Família desde o Código Civil de 1916, passando pela Constituição Federal de 1988 e alcançando o Código Civil de 2002 sofreu diversas transformações, passando a reconhecer outras formas de entidade familiar, tal como a união estável. Entretanto, apesar da ampliação das formas de composição de família, ainda persiste a omissão legislativa acerca das uniões homoafetivas e, por isso, fez-se necessário a manifestação do Poder Judiciário no sentido de resguardar direitos dessa minoria, conforme os princípios constitucionais. Ademais, não há vedação legal acerca da possibilidade de conversão, devendo ser realizada uma interpretação do Código Civil de 2002 conforme a Constituição Federal de 1988.

Palavras chaves: Direito Civil. Família. União homoafetiva. Conversão. Casamento Civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
PLURALIDADE DAS ENTIDADES FAMILIARES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	9
1.1. Pluralidade da Família.....	9
1.2. Família Homoafetiva.....	15
1.3. União estável homoafetiva e o casamento	21
2. A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA CONVERSÃO	27
2.1. União estável homoafetiva na Constituição Federal	27
2.2. União estável homoafetiva no Código Civil	35
3. APLICAÇÃO JUDICIAL DA CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA EM CASAMENTO CIVIL: Recurso Especial N°. 1.183.378/RS – Superior Tribunal de Justiça	42
3.1. Relatório	42
3.2. Voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão	43
3.3. Voto da Ministra Maria Isabel Gallotti	46
3.4. Voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira	48
3.5. Voto do Ministro Raul Araújo	49
3.6. Voto do Ministro Marco Buzzi	51
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará a possibilidade da conversão da união homoafetiva em casamento civil. Para tanto, faz-se necessário destacar a importância da ADI 4277 na qual o Supremo Tribunal Federal conferiu a união homoafetiva status de entidade familiar equiparada à união estável heterossexual.

A partir dessa decisão, que é vinculativa, surge o questionamento sobre a possibilidade da conversão da união entre pessoas do mesmo sexo em casamento civil, pois, conforme preleciona a Constituição Federal de 1988, essa deverá ser facilitada.

O trabalho busca demonstrar que em consonância aos princípios constitucionais, como da dignidade da pessoa humana e da isonomia, não se pode obstar o casamento civil de casais homoafetivos. E, que mesmo com a persistente omissão do Poder Legislativo, após o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, deve o Estado proteger e garantir seus direitos.

O problema do presente trabalho consiste nos possíveis efeitos da equiparação da união homoafetiva a união estável heterossexual, pois o ordenamento constitucional determina a facilitação legal da conversão da união estável em casamento civil.

O marco teórico, utilizado ao texto diz com, precipuamente, o entendimento de Maria Berenice Dias, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti e Paulo Luiz Netto Lôbo sobre a impossibilidade de obstar a conversão da união homoafetiva em casamento civil haja vista a previsão constitucional.

A visão da doutrina brasileira contemporânea do direito de família afirma que a partir do momento em que o Poder Judiciário reconheceu a existência da união estável entre pessoas do mesmo sexo, não se pode fazer distinção quanto aos seus desdobramentos.

No capítulo 1, far-se-á uma breve análise acerca das transformações ocorridas no direito de família, a importância do Poder Judiciário nessas mudanças e sobre a pluralidade de formas de composição de família tendo como elemento constitutivo a afetividade.

Nesse capítulo tratar-se-á ainda sobre a existência da família homoafetiva em um contexto histórico e das discrepâncias relativas aos direitos e garantias conferidas aos institutos do casamento civil e da união estável.

Já no segundo capítulo abordar-se-á acerca da possibilidade jurídica da conversão, analisando-se a união estável homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro, Constituição Federal e Código Civil.

Tal capítulo tratará da aparente lacuna existente em nosso ordenamento jurídico relativa à família homoafetiva e os métodos a serem utilizados para suprir tal omissão legislativa. Ao mostrar isso, será feita uma análise de um projeto de lei que propõe a alteração dos artigos do Código Civil referentes a união estável.

Por fim, no terceiro capítulo, analisar-se-á minuciosamente a aplicação judicial da conversão da união homoafetiva em casamento civil, em sede de recurso especial, perante o Superior Tribunal de Justiça, que acolheu tal possibilidade, fundamentando-se na interpretação do Código Civil conforme a Constituição Federal.

1 PLURALIDADE DAS ENTIDADES FAMILIARES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 Pluralidade da Família

Desde a Constituição de 1988, não se pode pensar na origem da família através exclusivamente da instituição casamento. O texto constitucional permitiu outros meios de composição familiar que prescindem do cumprimento de todas as formalidades previstas para o matrimônio. Frise-se o casamento é apenas uma das maneiras de formação familiar.¹

Por ser a família um instituto que sofre transformações constantes em conformidade ao contexto social, torna-se impossível emoldurá-la a um modelo pré-determinado, bem como prever, no ordenamento jurídico, todos os tipos possíveis de formação de entidades familiares, para que sejam resguardados os seus direitos.²

Faz-se imperioso apresentar breves transformações do conceito de família ao longo do tempo. O primeiro modelo de família, pós-romano, era constituído unicamente por meio do matrimônio, esse modelo era nitidamente patriarcal, caracterizado pela impossibilidade da dissolução do vínculo. Seu principal fundamento era constituição de patrimônio, sendo o afeto irrelevante.³ E como a religião exercia forte influência na sociedade, a família tinha um valor sacramental.⁴

Atualmente, não se tem mais a família como organização patriarcal, o que se vê são grandes mudanças sociais e jurídicas acontecendo. O pai não exerce mais autoridade total sob os filhos e, a cada dia que passa, a família se reduz quantitativamente. Além disso, diante das necessidades oriundas do um novo contexto econômico-social, o pai deixou de ser único mantenedor da família,

¹ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito & a Justiça*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 102.

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3.

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 30.

exigindo-se, dessa forma, que outros membros da família exercessem atividades remuneradas com intuito de contribuir na renda doméstica. Não sendo diferente para a mulher, que anteriormente tinha como principal função a manutenção do lar e o cuidado com a prole, que se viu obrigada a entrar no mercado de trabalho para auxiliar no sustento do lar.⁵

Com o surgimento do divórcio foi abolida a ideia de casamento sacralizado e a obrigatoriedade de manter-se em relações afetivas falidas. Inicialmente o Estado estabeleceu direitos e principalmente deveres para que houvesse a manutenção do casamento, levando em consideração o interesse da ordem pública e não o dos cônjuges. Entretanto, não é por meio da imposição legal que há a manutenção de relacionamentos, mas sim pelo afeto.⁶

A Constituição Federal de 1988 foi o verdadeiro marco das transformações no Direito de Família, pois instituiu a igualdade entre o homem e a mulher, e também trouxe para o mesmo patamar de igualdade todos os membros da família.⁷ Foi nessa Magna Carta que o constituinte passou a prever não apenas o casamento como entidade familiar, mas também a união estável e a família monoparental, que é formada por um dos pais e seus descendentes, houve ainda a equiparação dos filhos havidos fora do casamento com os filhos oriundos da relação matrimonial.⁸

A importância da família nas relações sociais demanda cada vez mais a proteção estatal, e como prova disso as normas constitucionais sobre a família buscam regulá-la nas suas mais diversas possibilidades, conforme será verificado ao longo dessa pesquisa. Isso está expressamente presente no artigo

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 31.

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p 38-52.

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 38-54.

⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 27.

226 da Constituição Federal,⁹ quando afirma que além do casamento admite-se como entidade familiar a união estável e a família monoparental.¹⁰

Sobre a postura constitucional afirma Caio Mário:

A "despatrimonização" do Direito Civil como "uma tendência normativa-cultural" atinge também o Direito de Família não mais orientado pela "expulsão e a redução quantitativa do conteúdo patrimonial", mas na tutela qualificativa das relações familiares.¹¹ Sob esta perspectiva, destaca-se a orientação no sentido de identificar a família centrada na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social.¹²

Ademais, segundo José L. C. de Oliveira, "A família à margem do casamento passou a merecer tutela constitucional porque apresenta condições de sentimento, estabilidade e responsabilidades necessárias ao desempenho das funções reconhecidamente familiares." As relações extramatrimoniais sempre existiram na sociedade e a jurisprudência já reconhecia direitos aos companheiros, os constituintes instituíram a união estável como entidade familiar protegida pela Constituição Federal.¹³

Entretanto, na visão de Maria Berenice, o Código Civil de 2002 não trouxe grandes avanços sobre o Direito de Família, ainda restaram lacunas a serem preenchidas, bem como a ausência de proteção às relações homoafetivas e a

⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

¹⁰ BRAGA, Simone; CARVALHO, Raissa. *A constitucionalidade das uniões homoafetivas: o reconhecimento como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/7a-edicao/a-constitucionalidade-das-unioes-homoafetivas-o-reconhecimento-como-entidade-familiar-no-ordenamento-juridico-brasileiro>> Acesso em: 10 mar 2012.

¹¹ PIERLINGERI, Pietro *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 25.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 25.

¹³ OLIVEIRA, José L. C. de; MUNIZ, Francisco J. Ferreira. *Direito de família*, Porto Alegre: S. A. Fabris, 1990, p. 19.

filiação socioafetiva. Ademais, nesse Código há uma distinção hierárquica entre o casamento e união estável, mesmo a Carta Magna não dando esse *status* diferenciado ao casamento.¹⁴

O Judiciário, em consonância ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, reconheceu outras entidades, ainda não previstas em norma, tais como: a família constituída por parentes sem a presença dos pais e a família eudominista constituída por pessoas ligadas através do afeto. Resta evidenciado, portanto, uma clara quebra de paradigma do entendimento dos construtores da lei e de seus intérpretes que antes protegiam apenas as relações advindas do casamento, passando a resguardar também outras formações familiares tais como as formadas pelo afeto.¹⁵

Na interpretação de Paulo Lôbo, há elementos que são caracterizadores das entidades familiares, estando elas previstas em Constituição ou não, são eles: a afetividade, a estabilidade e a convivência pública.¹⁶ O afeto tornou-se o verdadeiro elemento constitutivo da família e, com isso, passou-se a considerar que imperioso objetivo da família é a busca pela felicidade, sem se limitar apenas a modelos de constituição apresentados pela legislação.¹⁷

Assim, nas famílias pós-modernas, o afeto tornou-se valor jurídico. A afetividade, a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a solidariedade caracterizam as famílias atuais. A família pode ser informal, monoparental, respeita a diversidade sexual e a igualdade conjugal. Não é mais patrimonialista e visa à realização pessoal do ser humano, cujo sonho é a felicidade.¹⁸

A procriação deixou de ser o objetivo principal da família moderna, cedendo lugar ao afeto que tornou-se o elemento basilar para a sua caracterização. Sendo necessário, contudo, reconhecer de fato e de direito a existência da

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 30.

¹⁵ BRAGA, Simone; CARVALHO, Raissa. *A constitucionalidade das uniões homoafetivas: o reconhecimento como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/7a-edicao/a-constitucionalidade-das-unioes-homoafetivas-o-reconhecimento-como-entidade-familiar-no-ordenamento-juridico-brasileiro>> Acesso em: 10 mar 2012.

¹⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80.

¹⁷ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 61.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 102.

pluralidade na constituição da família tendo como elemento norteador o *affectio*.¹⁹ Para Maria Berenice “Cada vez mais, a ideia de família se afasta da estrutura do casamento. A família de hoje já não se condiciona mais aos paradigmas originários, quais sejam o casamento, o sexo e a procriação”²⁰

Dessa feita, faz-se necessário garantir direitos a todos os tipos de relações que tenham o afeto como principal elemento, não podendo ser feitas distinções dentre as escolhas que cabem a cada ser humano.²¹

Contudo, ainda não foi superado o preconceito relativo às uniões entre pessoas do mesmo sexo, há várias leis que tramitam no Congresso Nacional, mas com a justificativa da oposição de grupos contrários ao reconhecimento de normas protetivas a essas uniões, os projetos de leis não chegam a ser julgados. Talvez isso aconteça por receio dos legisladores em contrariar os seus eleitores, preferindo omitir proteção aos cidadãos.²²

As decisões dos Tribunais consideravam a relação homoafetiva como sociedade de fato com a finalidade de resguardar tão somente direitos obrigacionais, em virtude disso, aplicava-se a Súmula 380 do STJ aos homossexuais que pleiteavam qualquer direito de família. Depois foram aparecendo decisões que concediam outros benefícios, bem como partilha de bens, a adoção por casais homossexuais e a pensão por morte.²³

Posteriormente, o Poder Judiciário de forma inovadora, antecedendo a norma, preencheu diversas lacunas, quando resguardou direitos as relações homoafetivas. Um exemplo disso foi a decisão pioneira, da Justiça do Rio Grande do

¹⁹ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; SCHIOCCHET, Taysa. *O reconhecimento jurídico das uniões estáveis homoafetivas no Direito de Família brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1785>. Acesso em: 12 mar 2012.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 39.

²¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.40.

²² DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 71.

²³ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.135-151.

Sul, que reconheceu a competência da Vara de Família para julgar celeumas decorrentes de uniões entre pessoas do mesmo sexo.²⁴

No entanto, pode-se afirmar que foi com a decisão do Supremo Tribunal Federal, que finalmente se reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar equiparando-a a união estável heterossexual, prevista na Constituição Federal e no Código Civil.²⁵

O Poder Judiciário, mesmo sem a Constituição prever explicitamente as relações homoafetivas, manifestou-se no sentido de não negar a sua existência e tão pouco continuar a se omitir quanto às demandas trazidas a ele que necessitam de uma solução.²⁶

Mais uma vez o Poder Judiciário cumpriu com o seu papel de ser guardião dos princípios constitucionais que devem reger a sociedade, mesmo quando a lei é omissa. Afinal, não se pode viver a tirania do Legislativo, em que juízes se curvem às tentativas de segmentos que se escudam atrás de preceitos religiosos para disfarçar posturas homofóbicas e discriminatórias.²⁷

As Constituições anteriores faziam clara menção de que as famílias deveriam ser constituídas pelo casamento, já a Constituição de 1988, atual, no do art. 226 *caput*, declara que a família por ser a base da sociedade merece especial proteção estatal, entende-se, diante disso, que dispositivo trata-se de uma cláusula inclusiva, no qual traz apenas um rol exemplificativo de entidades familiares. Não podendo, assim, excluir outras relações que cumpram os requisitos da afetividade, estabilidade e convivência pública.²⁸

Existem doutrinadores que são contrários a interpretação extensiva do referido artigo, argumentando que ao o fazer, o Judiciário estará usurpando uma

²⁴ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 134.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 201-202.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 97-100.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 202.

²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das relações de família*. In o Direito de Família e a Constituição de 1988, Carlos Alberto Bittar (coord.), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 98-102.

função típica do Poder Legislativo, que é a de legislar.²⁹ Afirma Washington de Barros, que ao mencionar explicitamente na Constituição Federal que a união estável é entre homem e mulher, o constituinte tinha como objetivo limitar essa entidade familiar.³⁰

Entretanto, há de reconhecer que quaisquer pessoas, independentemente da opção sexual ou de qualquer outra variante, ao cumprir os requisitos para a constituição da família deve ter resguardado seus direitos, mesmo que não esteja explicitamente previsto na Constituição Federal.³¹

1.2 Família Homoafetiva

De acordo com Paulo Roberto Vecchiatti, o elemento norteador do Direito de família é o amor, no qual o casal deve cumprir os elementos que compõe a entidade familiar, como comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, devendo, portanto, receber proteção estatal.³²

A família é sempre socioafetiva, em razão de ser grupo social considerado base da sociedade e unida na convivência afetiva. A afetividade, como categoria jurídica, resulta da transferência de parte dos fatos psicossociais que a converte em fato jurídico, gerador de efeitos jurídicos.³³

Houve, assim, uma transformação na família, que deixou de ser uma instituição cerrada, dando vazão a uma entidade aberta a vários tipos de relações que tenham como elemento formador o afeto. Como declara Vecchiatti, a afetividade tornou-se um princípio constitucional implícito desde o momento em que o dispositivo constitucional reconheceu o amor como elemento para a constituição da

²⁹ MONTEIRO, Washington de Barros Silva; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 4. ed. v. 2. São Paulo, 2010, p. 94-95.

³⁰ MONTEIRO, Washington de Barros Silva; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 4. ed. v. 2. São Paulo, 2010, p. 46-47.

³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. *Revista brasileira de Direito de Família*, v.3. n. 12, p.54, Jan-Fev-Mar/2002.

³² 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, p. 220-221.

³³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11-14.

entidade familiar. “Assim o princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e, ainda, da própria união estável.”³⁴

É entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo, que existem elementos caracterizadores do princípio da afetividade, tais como: a igualdade entre os filhos, a adoção, a família monoparental e o direito a convivência familiar, todos esses, presentes no artigo 227 da Constituição Federal de 1988. E que o próprio Código Civil, deixa subentendido o reconhecimento desse princípio.³⁵

Para Caio Mário mesmo não explicitado no texto constitucional, o princípio da afetividade decorre de uma interpretação da Constituição Federal, sendo considerado, portanto, um princípio jurídico. A família passa a ser uma instituição plural, deixando de dar ênfase a laços sanguíneos e patrimoniais para sopesar o afeto como vínculo.³⁶

É importante demonstrar também a importância do princípio da dignidade da pessoa humana para o reconhecimento da união homoafetiva, que para a doutrina é considerado um macroprincípio do qual advém diversos outros princípios.³⁷ Esse princípio é o pilar do instituto família, que tem como finalidade dar pleno desenvolvimento e realização aos membros da família.³⁸ A dignidade da pessoa humana avaliza a todos os componentes da família o direito à felicidade, e é eleito como valor máximo do ordenamento jurídico brasileiro.³⁹

Fica, pois, claro que o ordenamento jurídico brasileiro passou a dar mais importância ao amor, aos laços fraternos e à solidariedade em detrimento da antiga visão patrimonialista de nossa legislação anterior, por mais que não o tenha dito de forma expressa. Afinal, o reconheceu-se expressamente o caráter jurídico-familiar da união

³⁴ 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, p. 221.

³⁵ LÔBO *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 66.

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 56-57.

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 55.

³⁸ DINIZ, Maria Helena *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, Direito de Família, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

³⁹ 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, p. 149.

estável (o “casamento de fato”), que se mantém unicamente pelo amor existente na relação, garantindo-lhe muitos direitos anteriormente só garantidos no casamento civil.⁴⁰

Deste modo, o amor é o elemento norteador das relações, sem ele não há que se falar em constituição de família com a vontade consciente de comunhão de vida e de interesses. E que para ter valor jurídico são necessários outros elementos que são a comunhão plena de vida, de forma pública, contínua e duradoura.⁴¹ Nos termos de Jürgen Habermas:

Não há direito algum sem a autonomia privada de pessoas do direito. Portanto, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um *medium* para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autônoma pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado.⁴²

Necessita-se, destarte, o reconhecimento da família homoafetiva que tenha como elemento formador o afeto e presente também os elementos como a união pública, contínua e duradoura, sendo o não reconhecimento fruto somente de preconceito.⁴³

Por ser a família formada histórica e culturalmente constituída por meio do casamento e dos filhos, tendo como pressuposto uma relação entre homem e mulher, a relação entre pessoas do mesmo sexo é considerada anormal. As relações diferentes da formação da família heterossexual, considerada padrão pela cultura ocidental contemporânea, são tratadas a margem da sociedade como uma anomalia. Todavia, as uniões homoafetivas não surgiram nos tempos modernos, somente ganharam mais visibilidade.⁴⁴

⁴⁰ 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, p. 149.

⁴¹ 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, p. 223.

⁴² HABERMAS *apud* MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A constitucionalidade do casamento homossexual*. São Paulo: LTr, 2008, p. 28.

⁴³ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A constitucionalidade do casamento homossexual*. São Paulo: LTr, 2008, p. 224.

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27-28.

Na Roma e na Grécia antiga, duas culturas influenciadoras da formação da cultura ocidental contemporânea, a homossexualidade tinha a denominação de pederastia e possuía a função de um rito sagrado aceito pela sociedade, admitia-se, assim, o amor entre homens.⁴⁵ O doutrinador Paulo Roberto Vecchiatti afirma que existem poucas referências históricas sobre relacionamento entre mulheres e, que, por ser o sexo algo que dependesse da presença de um homem, as mulheres tinham suas escolhas sexuais ignoradas. Entretanto, isso não exclui a existência desse tipo de relação.⁴⁶

Na Grécia o homossexualismo era praticado entre os homens mais velhos e os mais jovens, pois eles acreditavam que assim, haveria a transmissão de conhecimento a partir do ato sexual, tendo sido consagrado por meio de sua mitologia na qual descrevia essa prática por diversos deuses. Na cidade de Atenas, reconhecida por seu desenvolvimento cultural, era comum os aprendizes adolescentes terem relação com os seus tutores. Já Esparta, reconhecidamente militar, acreditava-se que a relação entre os homens do exército o tornava mais eficiente.⁴⁷

O homossexualismo em Roma era bem semelhante ao descrito, relação entre homens mais velhos com os mais novos, entretanto com uma sutil diferença cultural, que é de que o amor apenas era permitido entre os homens mais velhos com os meninos escravos, os jovens livres não podiam ter esse tipo de relacionamento.⁴⁸ Como esclarece Maria Berenice:

Havia uma diferença fundamental entre gregos e romanos: os homens gregos cortejavam os meninos de seu interesse, com agrados que visavam persuadi-los a reconhecer sua honra e suas boas intenções; entre os romanos, o amor por meninos livres era proibido, uma vez que a sexualidade desse povo estava

⁴⁵ 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, p. 42.

⁴⁶ 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, p. 43.

⁴⁷ 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, p. 43-44.

⁴⁸ 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, p. 44-45.

intimamente ligada à dominação. Assim, era-lhes permitido apenas o amor por jovens escravos.⁴⁹

Existem relatos da presença da homoafetividade em diversas outras culturas como na Babilônia, que tinha a prostituição homossexual masculina. E na China onde aconteciam casamentos entre homens normalmente de classes sociais distintas, o de classe superior assumia a postura ativa no relacionamento.⁵⁰

Para Maria Berenice o maior preconceito advém da religião. Apesar disso, existem nos relatos históricos a menção de que eram permitidas as relações homoafetivas e essas faziam parte do culto religioso. Contudo com o advento do cristianismo, houve uma mudança, não se aceitando mais a relação entre pessoas do mesmo sexo. Sendo acolhido somente o ato sexual no âmbito do matrimônio heterossexual objetivando a formação da família e a procriação. Considerando-se, portanto, o sexo fora do casamento, como pecado.⁵¹

Para a Igreja Católica a família homoafetiva é tida como aberração, uma completa perversão, busca-se a manutenção da concepção da família contida na história bíblica de Adão e Eva. Entende-se que a bíblia condena a relação entre pessoas do mesmo sexo, fundamentando-se com isso, o preconceito e ódio contra os que optam por ter uma sexualidade diversa da que eles concebem como normal.⁵²

Na Idade Média qualquer atitude diversa da que era dita normal, era vista em desconformidade com a vontade divina, justificando-se a perseguição às minorias. Na época da Santa Inquisição, mesmo o homossexualismo estando presente nos mosteiros e nos acampamentos militares, foi quando houve mais perseguições aos casais homossexuais com austeras punições.⁵³

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito & a Justiça*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36

⁵⁰ MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi *apud* DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito & a Justiça*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

⁵¹ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito & a Justiça*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

⁵² DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito & a Justiça*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito & a Justiça*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

O homossexualismo foi considerado crime a partir do III Concílio de Latrão, de 1179. E o primeiro código ocidental determinou à pena de morte a prática homossexual. Segundo o pensamento de São Tomás de Aquino, o sexo objetiva a procriação com a finalidade de reposição social, pois a expectativa de vida era até os 30 anos e o sexo carnal sem intenção procriativa é contra os mandamentos de Deus.⁵⁴

A partir do século XIX, com o desenvolvimento do pensamento humano, passou-se, gradativamente, a desacreditar nos preceitos religiosos para se considerar o pensamento científico e racional para as questões humanas. Diante disso, iniciou-se uma busca por fundamentações patológicas que explicassem o motivo do homossexualismo. Entretanto, não se tem nenhuma comprovação de que o fato de uma pessoa se relacionar com outra de mesmo sexo seja uma doença, conforme explicita Vecchiatti.⁵⁵

Ainda nos dias atuais, há forte repressão por parte da sociedade em relação aos homossexuais, entretanto já existe maior tolerância por parte da sociedade no que diz respeito à diversidade, especialmente no meio científico que não a trata mais como uma patologia, exemplo disso é que em 1993, a OMS (Organização Mundial de Saúde) a excluiu de sua Classificação Mundial de Doenças, declarando que “a orientação sexual por si só não deve ser vista como um distúrbio” (CID 10/1993) e no Brasil, o Conselho Federal de Psicologia, por meio da Resolução 01/1999, foi ainda mais incisivo afirmando que o homossexualismo não é doença, desvio psicológico e nem é perversão.⁵⁶

Gradativamente, entende-se o fato de que não há diferença entre um heterossexual e outra pessoa que optou por uma orientação sexual diversa do dito “normal”. Após a decisão do STF, uma pesquisa do IBOPE⁵⁷ revelou que metade dos entrevistados não concordam com o direito dos casais homossexuais

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito & a Justiça*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 38.

⁵⁵ 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, p. 59-60.

⁵⁶ 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, p. 73.

⁵⁷ Pesquisa realizada entre os dias 14 e 18 julho de 2011 e ouviu 2.002 pessoas.

constituírem família. E ao se analisar a opção religiosa dos que são contra, a maioria são protestantes e em seguida, católicos. Conclui-se, portanto, que a religião ainda exerce grande influência na manutenção do preconceito.⁵⁸

Com a evolução dos costumes, a mudança de valores e dos conceitos de moral e pudor, a livre orientação sexual deixou de ser “assunto proibido” e hoje já enfrentada abertamente, sendo retratada de forma explícita em filmes, novelas e na mídia. (...). Depois de ser alvo de muitas críticas, o censo de 2011⁵⁹, incluiu questionamento sobre a relação do entrevistado com o responsável pelo domicílio, tendo sido inserida a opção *companheiro do mesmo sexo*. O resultado indicou que 60 mil pessoas no Brasil vivem um relacionamento homoafetivo.⁶⁰

Consta-se que há a necessidade de maior proteção jurídica e garantias aos casais homossexuais, pois a sociedade já tem sido mais tolerante. A doutrina e a jurisprudência enfrentam o tema de maneira mais corajosa, defendendo a ampliação do conceito de família e da entidade familiar, numa tentativa de exterminar a diferenciação do sexo para a constituição da família.⁶¹

1.3 União estável homoafetiva e o casamento

As relações não oriundas do matrimônio, desde o Brasil colônia, existiam em grande quantidade, entretanto, para a Igreja o concubinato era considerado um delito, e quem o praticava sofria punições morais e religiosas, estabelecidas no Concílio de Trento (1545-1563). Depois, quando o Brasil já era independente, ainda se utilizava das normas portuguesas, apenas no século XVII, é que por determinação constitucional, editamos um Código Civil.⁶²

No Código Civil de 1916 as uniões não sobrevindas do casamento ainda eram denominadas concubinatos, omitindo-se, portanto, o legislador em regulamentar as relações extramatrimoniais com a justificativa de que era em

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 39.

⁵⁹ Disponível em: <www.ipcdigital.com> *apud* DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito & a Justiça*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

⁶² NICOLAU, Gustavo Rene. *União Estável e casamento: diferenças práticas*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 5-10.

proteção a família. Nesse mesmo Código, havia a proibição ao testador casado de nomear a concubina como sua herdeira, impedia a nomeação da concubina como beneficiária de seguro devida, dentre outras vedações. Contudo nesse mesmo ordenamento eram assegurados diversos direitos a pessoa casada.⁶³

Na vigência do Código de 1916, o STF editou a Súmula 380, que reconhecia a união estável como sociedade de fato, e a 382 em que declarava que “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”, concluindo-se que para o reconhecimento da união estável não se faz necessária a moradia no mesmo lar.⁶⁴

De acordo com a Súmula 380 do STF para se pleitear a divisão dos bens adquiridos na constância da união era necessário comprovar a contribuição financeira na aquisição do patrimônio, igualando o companheiro a um sócio. Tal solução objetivava apenas o enriquecimento ilícito, não se garantindo direitos sucessórios e de alimentos. Foi com a Constituição Federal de 1988 que se ampliou à concepção de família, pois foi instituído o termo entidade familiar, o qual albergou não só o casamento para a formação da família.⁶⁵

A Carta Magna trata as entidades familiares de maneira igual, não tendo qualquer hierarquia entre elas. Apenas enumerou algumas entidades para garantir proteção a família, sem, entretanto, dar preferência a nenhuma delas. Aos poucos foi se garantindo direitos aos companheiros em várias legislações infraconstitucionais, como na Lei de Registros Públicos (lei 6.015/73) que autorizou a companheira a adotar o sobrenome do marido.⁶⁶

A união estável tem como definição: “entidade familiar à convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.”⁶⁷ A partir desse conceito podemos concluir que para a configuração da união estável é necessário que o relacionamento seja

⁶³ PONZINI, Laura de Toledo. *Famílias simultâneas: união estável e concubinato*. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>>. Acesso em: 30 abr 2012.

⁶⁴ NICOLAU, Gustavo Rene. *União Estável e casamento: diferenças práticas*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 19.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 161-162.

⁶⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 40-41.

⁶⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 42.

estável, não podendo qualquer união transitória ser tratada como entidade familiar, exige-se também a continuidade, não podendo ser um relacionamento que sofre constantes interrupções e faz-se necessário que a existência do requisito da publicidade.⁶⁸ Insta ressaltar que não se faz necessária a configuração de todos os requisitos para o reconhecimento da união estável, conforme afirma o doutrinador Sílvio Venosa (2010, p. 46):

Descritos esses elementos presentes em nossa legislação para a conceituação da união estável, advertimos que, no caso em concreto, fortes razões de ordem moral e social fazem com que, mesmo perante traços tênues ou ausência de algum dos requisitos, juízes têm admitindo o concubinato ou união estável.

A grande dificuldade em se reconhecer a união estável homoafetiva esbarra no § 3º do artigo 226⁶⁹ da Constituição Federal, que para a maioria da doutrina, aplica-se somente as relações de afeto entre homem e mulher, pois para eles o homossexualismo é apenas uma opção. Todavia, de acordo com o já foi demonstrado nesse trabalho, o homossexualismo não é uma doença e nem é um desvio psicológico, sendo, portanto tão natural quanto a heterossexualidade. Ao aplicar o dispositivo constitucional somente aos casais heterossexuais contraria o princípio constitucional da isonomia, caracterizando discriminação por orientação sexual.⁷⁰

Diferentemente do casamento cujo início é um fato certo e público, para se descobrir o termo inicial da união estável é extremamente difícil, pois se faz necessária a comprovação do início da convivência. Em relação ao companheiro que ainda não obteve o divórcio, basta que ele esteja separado de fato para a obtenção do termo inicial da união.⁷¹

Até os dias atuais o legislador ainda não elaborou uma norma que realmente complete as lacunas relativas a união estável, portanto persiste a insegurança jurídica ante ao fato de a pessoa que opta por uma união sem as

⁶⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 43-46.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ 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, p. 307-308.

⁷¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.180-181.

formalidades do casamento pode, por exemplo, não obter respostas acerca das consequências patrimoniais dessa união.⁷²

Hoje, as regras da união estável encontram-se num tal estado de dúvida e obscuridade que é muito comum um advogado não conseguir identificar as diferenças entre casar e se unir estavelmente. (...) diversas situações nas quais há flagrante descompasso entre o casamento e a união estável no Código Civil, em geral com preferência para aquela instituição, mas não sempre. Registre-se desde logo que enquanto algumas são de viés meramente teórico e formal, outras são de gigantesca repercussão na vida do ser humano.

Um exemplo dessa discrepância refere-se ao direito sucessório, consiste no fato de o legislador declarar que o cônjuge é herdeiro necessário, portanto na ordem de vocação hereditária concorre com os descendentes, ganhando no mínimo 25% quando for ascendente dos herdeiros com os quais está disputando. Já o convivente da união estável pode doar mais de metade de seu patrimônio, sem contemplar sua companheira. Conclui-se, portanto, que ao cônjuge é garantido um mínimo para a manutenção da família e estabilidade financeira. Todavia, o Código Civil atual não assegura ao convivente o *status* de herdeiro necessário, não tendo ele a segurança para a manutenção da família, mesmo que na prática, essa diferenciação não se justifique.⁷³

A Constituição Federal determinou em seu § 3º artigo 226⁷⁴ que a conversão da união estável em casamento deve ser facilitada, para alguns doutrinadores essa norma demonstra claramente uma hierarquização entre as entidades familiares, colocando a união estável apenas como um rito de passagem para o matrimônio. Todavia, para outros estudiosos, é tão somente a aplicação do princípio da liberdade para a formação da família.⁷⁵

O ordenamento jurídico pátrio determina que se os conviventes da união estável optarem pelo casamento não serão necessários que passem por todas as formalidades exigidas para a realização do mesmo, como a dispensa da

⁷² NICOLAU, Gustavo Rene. *União Estável e casamento: diferenças práticas*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 74-75.

⁷³ NICOLAU, Gustavo Rene. *União Estável e casamento: diferenças práticas*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 82-83.

⁷⁴ Art. 226. § 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.

⁷⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 181-182.

celebração e à simplificação da habilitação. Apenas faz-se necessário o peticionamento ao juiz, por ter que ser a união estável comprovada em ação declaratória.⁷⁶

Conforme afirma Maria Berenice Dias (2005, p. 147-148) o Código Civil de 2002 explicita a importância do casamento para a sociedade, sendo considerada a família como a base da moralidade pública e privada. Mesmo esse ordenamento reservando uma grande quantidade de dispositivos para explicar o casamento, ele não o conceitua, mencionando apenas suas finalidades.

O casamento, de acordo com o Código Civil, é a comunhão plena de vida baseado na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Assim, o matrimônio tem como uma de suas finalidades a comunhão de vida, não importando outros aspectos que podem ou não ser consequências dele, como a procriação. Outra finalidade importante é a comunhão de afetos, entretanto um afeto diferente, conforme afirma Sérgio Resende de Barros:

O que identifica a família é um afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se aperfeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que se torna cônjuges quantos aos meios e aos fins de sua afeição (...).⁷⁷

Admite-se duas espécies de casamento, o civil e o religioso com efeitos civis, entretanto eles são regulamentados pela mesma norma e possui os mesmos requisitos de validade. Não há qualquer vedação literal na Constituição de 1988 e nem na Lei Civil acerca da diversidade de sexo dos cônjuges, e nem mesmo nos impedimentos constantes no Código Civil proíbe-se a realização do casamento entre pessoas do mesmo sexo.⁷⁸

Destarte, ao se reconhecer a união estável homoafetiva dando a ela o *status* de entidade familiar e a igualando a união heterossexual não há como negar

⁷⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 183.

⁷⁷ BARROS, Sérgio Resende de, *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 113-114.

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 149.

a facilitação da mesma em casamento civil, pois nem mesmo a norma trouxe como requisito ao casamento a diferença sexual.

2 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA CONVERSÃO

2.1 União Estável Homoafetiva na Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 declara em seu artigo 226, § 3º que “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.”⁷⁹

A partir dessa afirmação, alguns doutrinadores acreditam que não haveria possibilidade de estender a aplicação dessa norma às uniões homoafetivas, pois para eles o constituinte foi expresso em declarar que a união estável ocorre entre o homem e a mulher.

Todavia, a interpretação dos dispositivos contidos na Carta Magna não se resume apenas a análise da norma expressa, mas se faz também por meio da interpretação analógica, que de acordo com Norberto Bobbio, nada mais é que “um procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante.”⁸⁰

A analogia tem como função especificar as normas que já estão presentes no ordenamento jurídico de forma implícita, sendo necessária sua explicitação, evitando, assim, que se dê tratamento diferenciado a situações semelhantes. Essa similitude deve ser relevante, não podendo ser, qualquer semelhança.⁸¹

Ainda de acordo com Bobbio (1999, p. 151), a analogia é um dos procedimentos interpretativos mais importantes, pois ele explica a tendência do ordenamento jurídico a se ampliar além do que está expressamente contido na norma. Outro método de interpretação é apelar aos princípios gerais do Direito, que

⁷⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 151.

⁸¹ LOTUFO, Renan (Coord.); DANTAS, Aldemiro. *Lacunas do Ordenamento Jurídico*. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 67 – 68.

é conhecido como analogia juris. Para Bobbio, os princípios gerais do direito nada mais são do que normas gerais.⁸²

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípio leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras.⁸³

Portanto, faz-se necessário analisar o dispositivo constitucional em consonância aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, não podendo abster-se o estado de garantir a proteção as uniões homoafetivas, pois o § 3º do artigo 226⁸⁴ da Constituição Federal não as proíbe.⁸⁵

O doutrinador Bonavides, citando Esser, afirma que mesmo não considerando o princípio como norma em sentido técnico, são eles Direito Positivo, que surgem por meio de instrumentos interpretativos, nascem como máxima doutrinária ou como orientadores do pensamento jurídico.⁸⁶

Segundo Alexy, a norma é gênero que se divide em duas espécies, regras e princípios, sendo que elas diferem entre si em vários aspectos. Para esse doutrinador, os princípios são normas de otimização que podem ser aplicadas em distinto grau e não pende somente a possibilidades de fato.⁸⁷

As regras possuem um conteúdo mais específico do que as normas que tem caráter mais genérico. Ademais, os princípios podem existir de maneira implícita, diversamente da regra que precisa estar expressa. As regras precisam

⁸² BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 156.

⁸³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 158.

⁸⁴ Art. 226. § 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.

⁸⁵ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O STF e a união estável homoafetiva*. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19086/o-stf-e-a-uniao-estavel-homoafetiva/1>> Acesso em: 19 maio 2012.

⁸⁶ J. ESSER *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 270.

⁸⁷ ALEXY, R. *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 276-278.

estar em conformidade entre si, já os princípios podem subexistir mesmo controversos.⁸⁸

Portanto, o que existe nesse trabalho é a controvérsia entre a regra constitucional e os seus princípios, e para dirimir tal conflito faz-se necessária a utilização do princípio da proporcionalidade, que tem como finalidade alcançar a solução do conflito sem que haja desrespeito as normas. Destarte, conclui-se que não há hierarquia normativa entre as normas constitucionais, o que existe é a hierarquia valorativa que é relativa a aplicabilidade da norma.⁸⁹

Desta feita, destaca-se no mencionado dispositivo constitucional a ausência de restrição ao fato de que a união estável ocorre somente entre casais de sexos diferentes.⁹⁰ Para Kelsen, não se pode analisar a norma considerando o seu sentido indiscutível, pois a sua indeterminação pode não ser intencional.⁹¹

O sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis. (...) Tem de aceitar-se como possível investigá-la a partir de outras fontes que não a expressão verbal da própria norma, na medida que possa presumir-se que esta não corresponde à vontade de quem estabeleceu a norma.⁹²

De acordo com Hans Kelsen, a norma é uma moldura a qual decorre diversas formas de execução que preencha um sentido possível, originando de indeterminação proposital ou involuntária.⁹³

Segundo o doutrinador supramencionado, ao se analisar pelo aspecto da segurança jurídica, o ideal seria que as normas possuíssem apenas um

⁸⁸ RAYMUNDO, Ana Lúcia; BEZERRA, Jeanne K. Santiago. *Conflito entre Princípios e Regras Constitucionais*. Disponível em: <<http://www.mp.rn.gov.br/download/artigos/artigo20.pdf>> Acesso em: 28 maio 2012.

⁸⁹ RAYMUNDO, Ana Lúcia; BEZERRA, Jeanne K. Santiago. *Conflito entre Princípios e Regras Constitucionais*. Disponível em: <<http://www.mp.rn.gov.br/download/artigos/artigo20.pdf>> Acesso em: 28 maio 2012.

⁹⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O STF e a união estável homoafetiva*. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19086/o-stf-e-a-uniao-estavel-homoafetiva/1>> Acesso em: 19 maio 2012.

⁹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 387.

⁹² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 388.

⁹³ KELSEN, Hans *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 449.

sentido válido juridicamente, todavia isso não é possível. Sendo, que as normas, em regra, apresentam diversas situações possíveis, entretanto apenas uma se transforma em direito positivado, fazendo com que o Poder Judiciário a interprete dando a ela o sentido mais adequado dentro da moldura posta.⁹⁴

A partir do momento que o legislador suprimiu do caput do artigo 226 da Constituição Federal a cláusula de exclusão que dispunha que a família era apenas aquela “constituída pelo casamento” sendo a única possível de ser protegida pelo texto constitucional, os seus parágrafos tornaram-se um rol meramente exemplificativo, existindo apenas para dar-lhes consequências jurídicas. Para Paulo Lôbo, os tipos de família explicitados na Constituição são somente os mais comuns, merecendo referência, as demais espécies de família estão contidas no sentido mais amplo determinado pelo *caput* do artigo 226.⁹⁵

Deste modo, ao se retirar a restrição de que a família era apenas a constituída pelo casamento e por não estar explícito no parágrafo § 3º do artigo 226⁹⁶ da Constituição Federal que a união estável é apenas entre homem e mulher, acarretou, então, em situações semelhantes na sua essência podendo ser aplicada a interpretação analógica.⁹⁷ Pois, para realizar a interpretação utilizando-se o raciocínio analógico é necessária a existência de uma semelhança relevante, uma qualidade comum a ambos.⁹⁸

Outrossim, se nas uniões estáveis homoafetivas estiverem presentes os mesmos requisitos essenciais estabelecidos para as uniões estáveis entre pessoas de sexos diferentes quais sejam, união pública, duradoura e continua

⁹⁴ SANTOS, Marcus Tullius Leite Fernandes dos. *Um Estudo sobre a teoria da Interpretação Jurídica no Pensamento de Hans Kelsen*. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/255> Acesso em 30 maio 2012.

⁹⁵ LOBO, Paulo Luiz Netto *apud* Medeiros, Jorge Luiz Ribeiro de. *Interpretar a Constituição não é ativismo Judicial (ADPF 132 ADPF 178 buscam uma interpretação adequada de direitos já existentes na Constituição)*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=554>> Acesso em 20 maio 2012.

⁹⁶ Art. 226. § 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.

⁹⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O STF e a união estável homoafetiva. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19086/o-stf-e-a-uniao-estavel-homoafetiva/1>> Acesso em: 21 maio 2012.

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 153

com intuito de constituir família, há de se realizar a interpretação analógica garantindo aos primeiros os direitos de família previstos a união estável heterossexual.⁹⁹

É, portanto por meio da utilização dos princípios que se afasta da interpretação apenas semântica da norma, dando aos dispositivos constitucionais maior efetividade e unidade, como afirma Canotilho:

O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas (...)

(...) princípio designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferis-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).¹⁰⁰

Logo, não se pode negar proteção constitucional a união homoafetiva, pois contraria o princípio da liberdade e da igualdade presentes em nosso ordenamento jurídico pátrio, negando acesso a casais diferentes dos expressamente explicitados na Constituição somente por optarem por orientação sexual diversa da dita convencional.¹⁰¹

⁹⁹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O STF e a união estável homoafetiva. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19086/o-stf-e-a-uniao-estavel-homoafetiva/1>> Acesso em: 21 maio 2012.

¹⁰⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *apud* Medeiros, Jorge Luiz Ribeiro de. *Interpretar a Constituição não é ativismo Judicial (ADPF 132 ADPF 178 buscam uma interpretação adequada de direitos já existentes na Constituição)*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=554>> Acesso em 20 maio 2012.

¹⁰¹ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *Interpretar a Constituição não é ativismo Judicial (ADPF 132 ADPF 178 buscam uma interpretação adequada de direitos já existentes na Constituição)*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=554>> Acesso em 20 maio 2012.

Medeiros afirma também que não se faz necessária a alteração textual do dispositivo constitucional em análise, pois a união homoafetiva já é algo presente em nosso ordenamento, apenas não estando expresso.¹⁰²

Os princípios, para Dworkin, não possuem significados fechados, pré-determinados pelo Estado, esses vão ganhando forma em conformidade com o contexto social, sendo somente materializado por ação estatal, se adéquam ao longo do tempo.¹⁰³ Para o renomado jurista, há diferenças entre as regras e os princípios, sendo a primeira acerca da lógica, o princípio nem sempre estabelecem as condições necessárias para a sua aplicação, diferentemente da regra que possuem sua aplicação exata. Outra diferença consiste na importância, havendo conflito entre princípios, poderá ser solucionado da maneira mais adequada, analisando-se o peso entre eles.¹⁰⁴

Assim, os princípios possuem um conceito aberto a constantes re-significações. Essa análise principiológica relativa a direito fundamental tem como consequência a proteção das minorias relativas às decisões da maioria, mesmo a última fundamentando sua decisão como se melhor fosse ao interesse de todos.¹⁰⁵

Destarte, afirma Medeiros, não há a como submeter a contenda de maioria a possibilidade ou não de casais homossexuais poderem constituir uma família reconhecida. Sendo que tal reconhecimento já existe por meio de uma interpretação baseada em princípios tais como da pluralidade, igualdade e liberdade

¹⁰² MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *Interpretar a Constituição não é ativismo Judicial* (ADPF 132 ADPF 178 buscam uma interpretação adequada de direitos já existentes na Constituição). Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=554>> Acesso em 20 maio 2012.

¹⁰³ DWORKIN, Ronald *apud* MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *Interpretar a Constituição não é ativismo Judicial* (ADPF 132 ADPF 178 buscam uma interpretação adequada de direitos já existentes na Constituição). Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=554>> Acesso em 20 maio 2012.

¹⁰⁴ LOTUFO, Renan (Coord.); MALFATTI, Alexandre David. *Lacunas do Ordenamento Jurídico*. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 110-111.

¹⁰⁵ DWORKIN, Ronald *apud* MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *Interpretar a Constituição não é ativismo Judicial* (ADPF 132 ADPF 178 buscam uma interpretação adequada de direitos já existentes na Constituição). Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=554>> Acesso em 20 maio 2012.

que não se relaciona apenas com moralidade que pode ser decidida por uma maioria.¹⁰⁶

Para Vecchiatti, se não há proibição expressa sobre a possibilidade de reconhecimento da união homoafetiva, não podemos presumi-la, na tentativa de imaginar a intenção do constituinte em não fazê-lo. É importante verificar que deve se promover o bem-estar de todos ante a vedação do princípio da não-discriminação e a importância de se respeitar os diversos modelos plurais de vida que não prejudiquem terceiros em consonância aos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁷

Sendo assim, resta explicitado a possibilidade do casamento civil homoafetivo, pois não é proibido, baseando-se no princípio da legalidade contido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, no qual declara que ninguém é obrigado a deixar de fazer algo senão em virtude de lei, portanto se não existe norma proibitiva relativa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, não há ilicitude.¹⁰⁸

Ressalte-se que existem alguns princípios que auxiliam a interpretação constitucional são eles o princípio da unidade, que determina que todas as normas constitucionais possuem o mesmo valor, portanto o intérprete necessita analisar as implicações dos princípios e das regras afim de alcançar uma vontade unitária.¹⁰⁹

Existe também o princípio da máxima efetividade, que nesse caso tem como finalidade gerar maior eficácia a entidade familiar denominada união estável à abrangendo.¹¹⁰ E o princípio da proporcionalidade que é de extrema

¹⁰⁶ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *Interpretar a Constituição não é ativismo Judicial* (ADPF 132 ADPF 178 buscam uma interpretação adequada de direitos já existentes na Constituição). Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=554>> Acesso em 20 maio 2012.

¹⁰⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto lotti. *O STF e a união estável homoafetiva. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19086/o-stf-e-a-uniao-estavel-homoafetiva/1>> Acesso em: 21 maio 2012.

¹⁰⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto lotti. *Manual da Homoafetividade: Da possibilidade Jurídica do Casamento Civil, Da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008, p. 441.

¹⁰⁹ MOTTA, Moacyr Parra. *Interpretação Constitucional Sob Princípios*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 145 – 146.

¹¹⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto lotti. *O STF e a união estável homoafetiva. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das*

importância para a proteção dos Direitos Fundamentais, este é voltado para a aplicação da justiça no caso concreto na busca da solução mais justa e adequada.¹¹¹

O Supremo Tribunal Federal já interpretou a Constituição Federal no sentido de ser a união homoafetiva uma entidade familiar equivalente a união estável heterossexual, não havendo óbice, portanto a conversão dessa união em casamento civil, uma vez que a própria Constituição em seu §3º do art. 226¹¹² dispõe que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento civil, sendo a união homoafetiva uma união estável não pode haver impedimentos para tal.¹¹³

Não faz sentido jurídico nenhum dizer que a união homoafetiva é família e constitui uma união estável constitucionalmente protegida, mas não poderia ser consagrada pelo casamento civil, pois, repita-se, tanto o casamento civil quanto a união estável destinam-se a proteger/regulamentar as famílias conjugais, donde é contraditório o não-reconhecimento do casamento civil homoafetivo quando se reconhece a união estável homoafetiva (afinal, a redação constitucional sobre união estável e casamento civil é análoga relativamente à menção a homem e mulher – em ambos os casos, ela cita este fato heteroafetivo sem, contudo, proibir o reconhecimento do fato homoafetivo como casamento civil ou união estável).¹¹⁴

Os críticos a decisão supracitada do Supremo Tribunal Federal afirmam que não é da competência do Poder Judiciário decidir acerca da possibilidade de reconhecimento da união homoafetiva.

Todavia, o Judiciário ao aceitar a união homoafetiva como entidade familiar, não está legislando, está tão somente interpretando a norma posta, o que é perfeitamente permitido em conformidade com o artigo 4º da Lei de Introdução às

Famílias. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19086/o-stf-e-a-uniao-estavel-homoafetiva/1>> Acesso em: 21 maio 2012.

¹¹¹ MOTTA, Moacyr Parra. *Interpretação Constitucional Sob Princípios*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 147 -148.

¹¹² Art. 226. § 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.

¹¹³ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O STF e a união estável homoafetiva. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19086/o-stf-e-a-uniao-estavel-homoafetiva/1>> Acesso em: 21 maio 2012.

¹¹⁴ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O STF e a união estável homoafetiva. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19086/o-stf-e-a-uniao-estavel-homoafetiva/1>> Acesso em: 21 maio 2012.

normas do Direito Brasileiro¹¹⁵, conforme segue: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”¹¹⁶

Outrossim, com o reconhecimento da união homoafetiva como família conjugal não faz sentido a controvérsia em torno da conversão em casamento civil, pois ambos os institutos do casamento e da união estável são regimes jurídicos com a finalidade de regulamentar a família conjugal.¹¹⁷

A impossibilidade implicaria em afirmar que o casamento civil possui *status* superior a união estável, e retomaria o preconceito e a ausência de ampla proteção a união homoafetiva, pois se a união estável entre pessoas de sexos diferentes deve ter sua conversão facilitada, qual motivo fundamentaria a negação da união homoafetiva que preenchesse os requisitos da união estável em ser convertida.¹¹⁸

2.2 União estável homoafetiva no Código Civil

Para a realização da análise da problemática ante ao Código Civil faz-se necessária a utilização da Teoria do Escalonamento da Norma Jurídica elaborada por Hans Kelsen, na qual ele afirma que a norma mais alta, que em nosso ordenamento jurídico é a Constituição Federal, regula o ato que origina a norma inferior, não à influenciando somente em seu procedimento de produção, mas também em seu conteúdo.¹¹⁹

¹¹⁵ 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, p. 442-443.

¹¹⁶ BRASIL, Decreto-lei n. 4657 (1942). *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>, Acesso em: 29 maio 2012.

¹¹⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Possibilidade de Conversão da União Estável Homoafetiva em Casamento Civil*. Disponível em: <<http://pauloriv71.wordpress.com/2011/05/31/parecer-possibilidade-de-conversao-da-uniao-estavel-homoafetiva-em-casamento-civil/>> Acesso em: 21 maio 2012.

¹¹⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Possibilidade de Conversão da União Estável Homoafetiva em Casamento Civil*. Disponível em: <<http://pauloriv71.wordpress.com/2011/05/31/parecer-possibilidade-de-conversao-da-uniao-estavel-homoafetiva-em-casamento-civil/>> Acesso em: 21 maio 2012.

¹¹⁹ KELSEN, Hans *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 448.

Portanto, de acordo com Kelsen, ante a um contradição entre norma hierarquicamente superior e uma inferior, não há conflito, pois a norma superior é quem determina a criação da outra. Apenas será considerada válida a norma de escalão inferior se estiver em consonância com a superior.¹²⁰

Ainda em conformidade com o pensamento de Kelsen, as normas inferiores devem ter como norte a Constituição efetivamente posta e eficaz, pois essa institui premissa maior. Assim, as normas inferiores postas em conformidade com ela devem ser aplicadas e analisadas. Para tanto, faz-se necessário que se pressuponha uma norma fundamental que não está posta e segundo a qual baseia a validade do direito positivo.¹²¹

Destarte, uma norma só é válida se for produzida de determinada forma, já estabelecida por outra hierarquicamente superior, sendo a última considerada como fundamento de validade imediato da primeira.¹²²

Segundo esse mesmo autor, o sistema jurídico não é composto por normas ordenadas no mesmo plano, sendo elas postas em diferentes níveis, de maneira escalonada. O sistema possui caráter de unidade em consequência da conexão de dependência que advém da ocorrência da norma inferior possuir sua validade derivada da determinação da norma superior¹²³, excluindo, portanto, a norma fundamental, que é fonte de validade de todas as demais normas.¹²⁴

Desse modo, tendo conhecimento que há supremacia da norma constitucional perante as demais normas do ordenamento jurídico pátrio, faz-se

¹²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 232.

¹²¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 237.

¹²² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 246 - 247.

¹²³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247.

¹²⁴ SANTOS, Marcus Tullius Leite Fernandes dos. *Um Estudo sobre a teoria da Interpretação Jurídica no Pensamento de Hans Kelsen*. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/255> Acesso em 30 maio 2012.

necessária a análise do Código Civil tendo como parâmetro a Constituição Federal.¹²⁵

Sendo assim, afirma Moraes (2003, p. 45) que a interpretação fundamentada na Constituição somente é possível, quando a norma, objeto da interpretação, permitir que haja entendimento em consonância e outro contrário ao texto constitucional. Nos termos de Canotilho:

A interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preteridas, e outras em desconformidade com ela.¹²⁶

Acompanhando o entendimento acima mencionado verifica-se necessário enfrentarmos a norma contida no Código Civil de 2002, que trata do instituto da união estável. Tal enfrentamento terá como paradigma o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da nova forma de composição familiar.

A decisão, que se transformou em um marco histórico na garantia dos direitos humanos, interpretou conforme a Constituição o artigo 1723 do Código Civil que regula a união estável, para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre duas pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”.¹²⁷

O artigo 1723¹²⁸ do Código Civil brasileiro de 2002 afirma que é reconhecida a união estável como entidade familiar entre homem e mulher, em uma convivência pública, contínua e duradoura objetivando a constituição de família,

¹²⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 45.

¹²⁶ CANOTILHO *apud* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 45.

¹²⁷ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: o Preconceito e a Justiça*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 202.

¹²⁸ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

manteve-se, portanto, a dualidade sexo constante no parágrafo 3º do artigo 226¹²⁹ da Constituição Federal.¹³⁰

Imperioso faz-se destacar que antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, com o objetivo de regular o direito relativo a união estável foram promulgadas duas leis: Lei 9278/96 e a Lei 8971/94 ambas atribuíram direitos aos conviventes assemelhando-os aos cônjuges. Em princípio, surgiu uma celeuma relativa ao advento da segunda lei, se essa não revogaria a outra, entretanto, com a promulgação do Código Civil tal conflito foi extinto.¹³¹

Mesmo não havendo revogação expressa, o Código Civil de 2002 revogou tacitamente a Lei 8971/94, pois o primeiro abrangeu todos os assuntos dispostos na última. Já em relação à Lei 9278/96, alguns estudiosos como Verônica Ribeiro, consideram que ela não foi completamente revogada, pois mantém o entendimento de que ao convivente é resguardado o direito real de habitação, o qual não está previsto no atual Código Civil.¹³²

Ao se analisar o artigo 1723¹³³ do CC/02 conforme a Constituição Federal entende a hipótese desta pesquisa a inexistência de óbice ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, preenchidos os demais requisitos do instituto da união estável, a saber: união contínua, duradoura, pública com a finalidade de constituir família.¹³⁴

Tal posicionamento está presente no julgamento da ADPF 143 e da ADI 4277 realizado pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual se equipara a união homoafetiva à união estável constante em nosso ordenamento jurídico.

¹²⁹ Art. 226. § 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.

¹³⁰ BRASIL, Lei n. 10.406 (2002). *Código Civil Brasileiro*. Brasília: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm, Acesso em: 02 jun 2012.

¹³¹ SILVA, Verônica Ribeiro da. *Pontos críticos da Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil frente às Leis 8.971/94 e 9.278/96*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=452> Acesso em: 13 jun 2012.

¹³² SILVA, Verônica Ribeiro da. *Pontos críticos da Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil frente às Leis 8.971/94 e 9.278/96*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=452> Acesso em: 13 jun 2012.

¹³³ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

¹³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf> Acesso em: 2 jun 2012.

A referida decisão do STF por se tratar de julgamento de mérito pronunciado em Ação Direta de Inconstitucionalidade possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante ao Poder Judiciário e a toda Administração Pública, estadual e federal. Frise-se ressaltar ainda que as ações relativas a união entre pessoas do mesmo sexo tramitarão obrigatoriamente na Vara de Família, não mais podendo ser tratadas como sociedades de fato para fins meramente patrimoniais.¹³⁵

Logo, foram garantidos às uniões homoafetivas todos os direitos decorrentes da união estável, como o direito à adoção, benefícios previdenciários, partilha de bens, direito de herança, entre outros.¹³⁶

Insta mencionar que a facilitação da conversão da união estável em casamento civil justifica-se por haver diferenças na concessão de direitos entre os institutos.

Como no tocante aos efeitos patrimoniais, em regra o regime de bens do instituto união estável é o da comunhão parcial de bens, podendo os conviventes optar por outro regime, semelhante ao casamento, conforme artigo 1.725.¹³⁷

No âmbito do direito sucessório mantém-se as regras da meação, todavia em relação aos direitos sucessórios a herança é limitada aos bens que foram adquiridos durante a união estável, conforme artigo 1790¹³⁸, *caput* do Código civil.¹³⁹

¹³⁵ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: o Preconceito e a Justiça*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 206-207.

¹³⁶ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: o Preconceito e a Justiça*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 207.

¹³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. V. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 610.

¹³⁸ Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

¹³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. V. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 636.

Ademais, diferentemente do que é garantido ao cônjuge sobrevivente, na união estável a companheira quando em concorrência com os descendentes comuns ao casal receberá igualmente. Já no tocante aos descendentes exclusivos do autor da herança, a convivente terá direito à metade do que couber a cada um deles. Se concorrer com os demais parentes suscetíveis ao recebimento da herança, apenas ser-lhe-á conferido um terço do patrimônio.¹⁴⁰

Tendo vista as diferenças acima elencadas, exemplificativamente, o legislador previu, no artigo 1726¹⁴¹, a possibilidade da conversão da união estável em casamento civil. Portanto, ao reconhecer a união homoafetiva como uma forma de composição familiar equiparando-a a união estável, posicionamento diverso não poderia ser arguido, ou seja, facultou-se também a possibilidade de conversão da união homoafetiva em matrimônio.¹⁴²

Em concordância ao todo mencionado, a Senadora Marta Suplicy elaborou o Projeto de Lei nº. 612, de 2011, o qual possui como objeto a alteração dos artigos 1723 e 1726 do Código Civil brasileiro, passando a vigorar a seguinte redação:

Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre duas pessoas, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (NR)

Art. 1726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante requerimento formulado dos companheiros ao oficial do Registro Civil, no qual declarem que não têm impedimentos para casar e indiquem o regime de bens que passam a adotar, dispensada a celebração. (NR)

Parágrafo único – Os efeitos da conversão se produzem a partir da data do registro do casamento.¹⁴³

¹⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. V. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 636.

¹⁴¹ Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

¹⁴² VECCHIATI, 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, p. 255-271.

¹⁴³ BRASIL. Projeto de lei 612, de 29 de setembro de 2011. Altera os artigos 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Diário do Senado Federal. Brasília, n. 163, p. 39.558-39.559, 30 set. 2011, disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=30/09/2011&paginaDireta=39558>>. Acesso em: 03 jun 2012.

Tal projeto de lei foi aprovado na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) do Senado Federal sendo encaminhado a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, e se aprovada na última será enviada para análise da Câmara dos Deputados.¹⁴⁴

De acordo com Marta Suplicy a decisão do Supremo Tribunal Federal impediu qualquer interpretação diversa daquela constante em seu projeto de lei. A Senadora Lídice da Mata, membro da CDH, também manifestou-se no sentido de que é necessário que o Poder Legislativo afaste-se da inércia, que gera insegurança jurídica, em relação a união entre pessoas do mesmo sexo, pacificando, enfim, essa matéria. Esse projeto de lei é de extrema importância para que enfim haja a positivação das uniões homoafetivas.¹⁴⁵

¹⁴⁴ FRANCO, Simone. *União estável entre pessoas do mesmo sexo aprovada em comissão*. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/05/24/codigo-civil-podera-incluir-legalidade-de-uniao-estavel-entre-pessoas-do-mesmo-sexo>> Acesso em: 03 jun 2012.

¹⁴⁵ FRANCO, Simone. *União estável entre pessoas do mesmo sexo aprovada em comissão*. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/05/24/codigo-civil-podera-incluir-legalidade-de-uniao-estavel-entre-pessoas-do-mesmo-sexo>> Acesso em: 03 jun 2012.

3 APLICAÇÃO JUDICIAL DA CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA EM CASAMENTO CIVIL: Recurso Especial N°. 1.183.378/RS – Superior Tribunal de Justiça

Trata de um julgado importante por ser o primeiro a chegar ao Superior Tribunal de Justiça versando acerca da conversão da união entre pares homossexuais em casamento civil após a ADI 4277 na qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar a equiparando a união estável entre casais de sexos diferentes.

3.1 Relatório

O recurso especial foi interposto por um casal de mulheres residentes no Rio Grande do Sul, que já viviam em união estável há três anos, todavia ao requerer o pedido de habilitação para o casamento civil em dois Cartórios lhes foi negado.¹⁴⁶

Em virtude de tal negativa, o casal ajuizou o pedido de habilitação para a realização do casamento perante a Vara de Registros Públicos e de Ações especiais da Fazenda Pública de Porto Alegre/RS, baseando-se na máxima do direito privado de que aquilo que não está expressamente proibido é permitido. Ressaltando que no ordenamento jurídico pátrio não há impedimento para o casamento civil homoafetivo.¹⁴⁷

O Tribunal do Rio Grande do Sul declarou em sua decisão pela impossibilidade jurídica do pedido, alegando que tal conversão não faz parte de sua atribuição, sendo competência do Poder Legislativo normatizar sobre a possibilidade de conversão da união estável homoafetiva em casamento civil. Ademais,

¹⁴⁶ *STJ reconhece casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-25/stj-reconhece-casamento-civil-entre-pessoas-mesmo-sexo>> Acesso em: 28 jul 2012.

¹⁴⁷ *BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1183378.* Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 1-27. Acesso em: 31 jul 2012.

pronunciou-se no sentido de que de acordo com o Código Civil o casamento é apenas entre homem e mulher.¹⁴⁸

Diante do alegado, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça admitiu, por maioria de votos, a possibilidade de habilitação para o casamento civil de um casal de pessoas do mesmo sexo.¹⁴⁹

3.2 Voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão

O Ministro Relator fez um breve histórico sobre a transformação do direito privado até a chegada da atual constitucionalização do direito civil. Em seguida, explanou sobre a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça na uniformização da interpretação do direito infraconstitucional em observância aos preceitos constitucionais.¹⁵⁰

Em concordância a tal entendimento, ressalta-se que com a Constituição de 1988 surgiu a ideia de proteção a dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar e afetividade, objetivando maior associação entre os integrantes da família. Assim, busca-se cada vez mais a efetivação dos princípios constitucionais na aplicação das normas, tendo a família essencial importância na promoção desses princípios.¹⁵¹

Ressaltou que com a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4722 faz-se necessária a interpretação do artigo 1723 do Código

¹⁴⁸ STJ reconhece casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-out-25/stj-reconhece-casamento-civil-entre-pessoas-mesmo-sexo>> Acesso em: 28 jul 2012.

¹⁴⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103687> Acesso em: 31 jul 2012.

¹⁵⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 1-27. Acesso em: 31 jul 2012.

¹⁵¹ BERTONCINI, Carla; SAKAGUCHI, Waldizia Marques Osti. *Entidades Familiares Constitucionalizadas e a União Homoafetiva*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira. SANTOS, Murilo Angeli Dias dos. (Org.). *Estudos Contemporâneos de Hermenêutica Constitucional*. Birigui, SP: Editora Boreal, 2012, p. 275-276.

Civil em completa conformidade com a Constituição Federal, impossibilitando, assim, qualquer interpretação que obste o reconhecimento da união estável homoafetiva.¹⁵²

Desta feita, a afirmação do Ministro está em conformidade com o pensamento Hans Kelsen, que declara que diante de uma contradição interpretativa de normas de hierarquias diversas, por ser a norma superior quem determina a criação da inferior, não pode ser considerado um conflito. Sendo, portanto, a norma inferior considerada somente quando em consonância com a superior.¹⁵³

Após essa elucidação, mencionou a importância da Constituição Federal de 1988 para o direito de família, abrangendo proteção a outras formas de composição de família além do matrimônio. Desta feita, supera-se o entendimento de que o casamento é a única maneira de se constituir família, respeitando assim, a pluralidade familiar e os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.¹⁵⁴

Corroborando com tal entendimento, Maria Berenice Dias foi a Constituição Federal atual que genuinamente estendeu e garantiu direitos no âmbito familiar, igualando o homem e a mulher, e abonando proteção às relações não advindas do casamento, tais como a união estável e a família monoparental.¹⁵⁵

Ressaltou também, o Ministro, a presença do pluralismo familiar na Constituição Federal de 1988 e o seu reconhecimento nas decisões do Poder Judiciário fundamentando, assim a impossibilidade de negativa a proteção aos pares homoafetivos, não podendo esses ter tratamento diverso dos casais heterossexuais.¹⁵⁶

¹⁵² BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 1-27. Acesso em: 31 jul 2012.

¹⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 232.

¹⁵⁴ BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 1-27. Acesso em: 31 jul 2012.

¹⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 27-28.

¹⁵⁶ BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 1-27. Acesso em: 02 ago 2012.

Assim, explicita Maria Berenice Dias, foi com o advento da atual Constituição que a família matrimonializada deixou de ser o único meio de formação de família aumentando as maneiras de constituí-la. Destarte, o pluralismo familiar surgiu no momento em que o Estado permitiu diversas formas de se constituir família.¹⁵⁷

E se é por meio do instituto do casamento que o Estado melhor garante proteção a família, não há possibilidade de se fazer óbice a quem por esse optar, pois segundo o Ministro Relator, “as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.”¹⁵⁸

Sustenta que ao se analisar os artigos referentes ao casamento, constantes no Código Civil de 2002, não existe proibição expressa, tampouco se pode concluir pela de vedação implícita, pois iria de encontro aos princípios constitucionais da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e o do pluralismo familiar.¹⁵⁹

Assim, em conformidade com o entendimento de Paulo Roberto Vecchiatti, não havendo proibição expressa, não podemos presumi-la a fim de idealizar qual o objetivo do legislador em não fazê-la. Devendo-se, sempre, verificar a importância da observação dos princípios fundamentais constantes na Constituição Federal, respeitando os diversos modelos plurais de concepção de família.¹⁶⁰

¹⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 62-63.

¹⁵⁸ BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 1-27. Acesso em: 02 ago 2012.

¹⁵⁹ BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 1-27. Acesso em: 02 ago 2012.

¹⁶⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O STF e a união estável homoafetiva. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19086/o-stf-e-a-uniao-estavel-homoafetiva/1>> Acesso em: 21 maio 2012.

Em relação aos críticos que afirmam que o Poder Judiciário ao garantir proteção aos direitos humanos de uma minoria estaria usurpando uma função do Legislativo, o Ministro Luis Felipe Salomão afirma que é competência do Judiciário garantir tal proteção por ele não possuir obrigação de agradar a opinião de uma maioria de eleitores. Desta feita, enquanto perdurar a omissão legislativa é incumbência do Judiciário agir em defesa dessa minoria.¹⁶¹

Em completa consonância com o entendimento de Maria Berenice Dias acerca do julgamento do Supremo Tribunal Federal estaria apropriando-se de uma competência do Legislativo, declara tal doutrinadora que é atribuição do Poder Judiciário preencher as lacunas legais. Logo, enquanto persistir a omissão do Legislativo acerca da homoafetividade é competência do Judiciário impedir a manutenção da violação dos direitos humanos de uma minoria.¹⁶²

3.3 Voto da Ministra Maria Isabel Gallotti

Em seu voto a Ministra destaca que a decisão (ADI 4277) do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante, conferiu a união homoafetiva status de entidade familiar, cumpridos os seus requisitos, garantindo assim, os mesmos direitos e deveres decorrentes da união estável entre pessoas de sexos diferentes.¹⁶³

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004 foi que conferiu efeito vinculante as ações diretas de inconstitucionalidade, conforme § 2º artigo 102 da Constituição Federal.¹⁶⁴

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

¹⁶¹ BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 1-27. Acesso em: 02 ago 2012.

¹⁶² DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: o Preconceito e a Justiça*. 5. Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 205-207.

¹⁶³ BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 28. Acesso em: 02 ago 2012.

¹⁶⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição semântica da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 216-217.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Assim, o STF, ao interpretar o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal, claramente afastou a importância do termo “homem e mulher” como fator determinante para o reconhecimento de uma entidade familiar existente. Decorre disso, portanto, que não se pode considerar esse mesmo termo como elemento restritivo à possibilidade de conversão da união estável homoafetiva em casamento civil.¹⁶⁵

Em consonância aos preceitos constitucionais, mesmo havendo a proteção aos que optarem pela união estável, deve ser facilitada sua conversão em casamento, pois esse último instituto é passível de maior proteção não somente aos cônjuges, mas também aos que com eles contratar, porquanto há implicações patrimoniais. Ademais, são muitas as diferenças entre esses dois institutos no âmbito do direito sucessório, do regime de bens entre outras.¹⁶⁶

Um dos exemplos da discrepância entre esses institutos é no âmbito do direito sucessório, sendo que no casamento o cônjuge é herdeiro necessário concorrendo na ordem de vocação hereditária com os herdeiros, já ao convivente não lhe são dadas as mesmas garantias, podendo, portanto o *de cujus* se desfazer de mais da metade de seus bens sem reservar nada a sua companheira.¹⁶⁷

¹⁶⁵ BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 28. Acesso em: 02 ago 2012.

¹⁶⁶ BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 28. Acesso em: 04 ago 2012.

¹⁶⁷ NICOLAU, Gustavo Rene. *União Estável e casamento: diferenças práticas*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 82 -83.

Por fim, a Ministra acompanhou o voto do Ministro Relator dando prosseguimento ao processo de habilitação, ressalvando se houver a existência de qualquer impedimento ao casamento.¹⁶⁸

3.4 Voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira

Inicia o Ministro fazendo considerações acerca da inserção da união estável como entidade familiar na Constituição Federal, destacando que esse instituto não possui a mesma segurança jurídica e extensão conferida ao casamento.¹⁶⁹

Tal entendimento é exemplificado por Paulo Lôbo, que declara que diferentemente do instituto do casamento civil em que é conhecido o seu termo inicial, na união estável faz-se necessária a comprovação de seu início gerando dessa forma maior insegurança.¹⁷⁰

Acrescenta que o ordenamento atribuiu maior segurança jurídica ao casamento e, por esse motivo, a própria Constituição Federal em seu artigo 226, parágrafo 3º, determina que a conversão da união estável em casamento civil deve ser facilitada.¹⁷¹

Registra, ainda, que os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal quando do reconhecimento da união estável homoafetiva são os mesmos a serem utilizados para a realização da interpretação do Código Civil conforme a Constituição Federal, excluindo desse modo, qualquer interpretação do artigo 1723 e seguintes que impeça a conversão em casamento civil.¹⁷²

¹⁶⁸ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 29. Acesso em: 04 ago 2012.

¹⁶⁹ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 30. Acesso em: 04 ago 2012.

¹⁷⁰ LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Famílias, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 180-181.

¹⁷¹ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 30. Acesso em: 04 ago 2012.

¹⁷² BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 30. Acesso em: 04 ago 2012

Desta feita, a partir da premissa da supremacia da norma constitucional perante as demais normas do ordenamento jurídico, deve-se analisar a norma infraconstitucional em total conformidade com a Constituição Federal.¹⁷³

Assim sendo, após a decisão do STF, não pode o Superior Tribunal de Justiça abster-se de interpretar a legislação infraconstitucional conforme a Constituição Federal e os princípios e valores invocados pela Suprema Corte. Com o todo relatado, o Ministro acompanhou o voto do Relator.¹⁷⁴

3.5 Voto do Ministro Raul Araújo

O Ministro Raul Araújo discorreu sobre os fatos que deram origem ao pleito recorrido e passou a uma análise dos artigos referentes ao casamento civil e a união estável no Código Civil e na Constituição Federal, apontando que nesses dispositivos há a referência expressa do termo “homem” e “mulher”.¹⁷⁵

A possibilidade da união entre pessoas do mesmo sexo formar uma entidade familiar aceita no ordenamento jurídico como um novo instituto ou equiparada aos institutos já existentes, segundo o Ministro é matéria constitucional, sendo, portanto, de crivo da Suprema Corte.¹⁷⁶

Sendo que a legislação infraconstitucional apenas regulamenta o que determina os preceitos constitucionais e nesse caso somente pode regular sobre as entidades familiares já reconhecidas pela Constituição Federal, não podendo criar institutos novos.¹⁷⁷

¹⁷³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 45.

¹⁷⁴ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 31. Acesso em: 04 ago 2012

¹⁷⁵ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 33. Acesso em: 04 ago 2012.

¹⁷⁶ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 33. Acesso em: 04 ago 2012

¹⁷⁷ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 34. Acesso em: 04 ago 2012.

Todavia, conforme Maria Berenice Dias, a interpretação constitucional que já foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante inclusive ao Poder Judiciário. Logo, no presente caso, o Superior Tribunal de Justiça está incumbido apenas de interpretar o Código Civil em conformidade com a norma constitucional.¹⁷⁸

Deste modo, para o Ministro, essa omissão apenas poderá ser suprida com a interpretação das normas e princípios constitucionais, que é atribuição do Supremo Tribunal Federal, não podendo o Superior Tribunal de Justiça usurpar tal competência.¹⁷⁹

Como fundamento de seu voto, o Ministro afirmou que não se pode utilizar a decisão do Supremo Tribunal Federal relativa ao reconhecimento da união estável homoafetiva como base para a aceitação do casamento de pessoas do mesmo sexo, pois tal interpretação ampliaria o alcance da decisão sob efeito vinculante. Uma vez que, para ele, são institutos completamente diversos e independentes que possuem regras próprias.¹⁸⁰

Enfatiza o Ministro que não é competência Superior Tribunal de Justiça o exame desse recurso por ele necessitar de interpretação constitucional, sendo imperativa a interposição do recurso adequado a Suprema Corte, pois somente ela poderá deliberar sobre o tema.¹⁸¹

O voto do Ministro Raul Araújo foi pelo não conhecimento do recurso, sendo esse vencido.¹⁸²

¹⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: o Preconceito e a Justiça*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 202.

¹⁷⁹ BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 34. Acesso em: 04 ago 2012

¹⁸⁰ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 36. Acesso em: 04 ago 2012

¹⁸¹ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 38. Acesso em: 04 ago 2012.

¹⁸² BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 38-39. Acesso em: 04 ago 2012.

3.6 Voto do Ministro Marco Buzzi

O Ministro Marco Buzzi pediu vista, por não considerar a Quarta Turma competente para conhecer a matéria por ela ser eivada de conteúdo constitucional.¹⁸³

Inicia o seu voto fazendo referência ao julgamento realizado pelo Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul no qual se fundamenta no artigo 2º da Constituição Federal que versa da separação dos poderes, entendendo que somente o Legislativo possui poder para normatizar sobre a aceitação do casamento entre pessoas do mesmo sexo.¹⁸⁴

Considerou tal argumento embasado no artigo 2º da Constituição de 1988, ser apenas uma menção retórica, pois caso contrário toda supressão do Legislativo sempre implicaria pela improcedência do pedido, o que iria de encontro ao disposto no artigo 126 do Código de Processo Civil.¹⁸⁵

Todavia, para o Ministro não pode o Judiciário decidir pela improcedência do pedido ou negar a prestação jurisdicional baseado na omissão do Poder Legislativo. Tampouco pode declarar que tal matéria precisa ser arguida em sede de recurso extraordinário, pois o artigo 226 da Constituição Federal não determina que o casamento seja apenas entre homem e mulher, sendo, portanto o artigo de conteúdo aberto, deixando a cargo do legislador regulamentá-lo.¹⁸⁶

Para o Ministro o julgamento desse recurso pelo Superior Tribunal de Justiça é relativo à interpretação da norma infraconstitucional, o Código Civil. Sendo que a apreciação do dispositivo constitucional já foi realizada pela Suprema

¹⁸³ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 40-41. Acesso em: 04 ago 2012.

¹⁸⁵ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 41-42. Acesso em: 04 ago 2012.

¹⁸⁶ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 40-41. Acesso em: 04 ago 2012.

Corte servindo como alicerce a presente interpretação, e não excluindo a possibilidade de ser examinado pelo STF, por meio de recurso extraordinário.¹⁸⁷

Ademais, destacou em seu voto que para garantir a conversão da união homoafetiva em casamento civil não se faz necessária a restrição do dispositivo da lei civil, mas tão somente aumentar sua abrangência, pois não há norma no ordenamento jurídico brasileiro que proíba o casamento entre pessoas do mesmo sexo expressamente. Utilizando-se, assim, somente da técnica de interpretação extensiva.¹⁸⁸

Em consonância ao entendimento de Bertoncini e Sakaguchi que declaram que a Constituição Federal mesmo não tendo reconhecido a união homoafetiva como entidade familiar, ela institui vários princípios que servem de fundamento ao reconhecimento dessas uniões, e que a lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro é fruto de preconceito e de timidez por parte do legislador.¹⁸⁹

Deste modo, após a decisão do Supremo Tribunal Federal, a interpretação do Código Civil deverá ser realizada em completa conformidade com a Constituição Federal, dando aos casais homoafetivos os mesmos direitos atinentes aos heterossexuais.¹⁹⁰

Segundo o Ministro, por ser o conteúdo desse recurso algo que pode refletir substancialmente na sociedade e principalmente na vida de pessoas na mesma situação jurídica, portanto deve tal matéria ser julgada pela 2ª Seção do

¹⁸⁷ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 41-42. Acesso em: 04 ago 2012.

¹⁸⁸ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 41-43. Acesso em: 04 ago 2012.

¹⁸⁹ BERTONCINI, Carla. SAKAGUCHI, Waldizia Marques Osti. *Entidades Familiares Constitucionalizadas e a União Homoafetiva*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira. SANTOS, Murilo Angeli Dias dos. (Org.). *Estudos Contemporâneos de Hermenêutica Constitucional*. Birigui, SP: Editora Boreal, 2012, p.281-283.

¹⁹⁰ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 41-43. Acesso em: 04 ago 2012.

Superior Tribunal de Justiça conforme artigo 14, inciso III do Regimento Interno do Tribunal.¹⁹¹

Art. 14. As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes:

I - quando algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência assentada

em Súmula pela Seção;

II - quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da

questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção;

III - nos incidentes de uniformização de jurisprudência (art. 118).¹⁹²

Afirma o Ministro, portanto, que a matéria deveria ser julgada pela 2ª Seção, pois é quem possui maior força para declarar sobre algo tão importante acerca da legislação infraconstitucional de direito privado, o que geraria maior segurança jurídica até por se tratar de um colegiado maior.

Todavia quanto ao mérito, afirma o Ministro que não pode haver nenhum óbice ao reconhecimento de proteção aos casais homoafetivos que optem pelo casamento, pois não há nenhum argumento jurídico para tal impedimento.¹⁹³

Sendo importante ressaltar que a Constituição Federal objetiva em seu artigo 226 proteger a família de maneira especial por ser essa indispensável à formação estatal. Logo, não se pode impedir a formação de famílias homoafetivas, pois a norma constitucional não possui nenhum viés discriminatório, sendo importante somente que a família possua como elementos o afeto e a vida em comum.¹⁹⁴

¹⁹¹ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 44-46. Acesso em: 04 ago 2012.

¹⁹² BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/regimento/article/viewFile/1453/1722>> Acesso em: 27 ago 2012.

¹⁹³ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 45-46. Acesso em: 04 ago 2012.

¹⁹⁴ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 46-47. Acesso em: 04 ago 2012.

Por fim, o Ministro reafirma o seu pedido de vista acreditando ser o julgamento competência da Segunda Seção pela importância da matéria, mas destaca que caso não seja esse o entendimento, em relação mérito vota dando provimento ao recurso.¹⁹⁵

¹⁹⁵ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> p. 47. Acesso em: 04 ago 2012.

CONCLUSÃO

Depreende-se da análise dos pontos abordados nessa pesquisa e também da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que há a possibilidade da conversão da união homoafetiva em casamento civil resultado de uma interpretação realizada conforme a Constituição Federal e seus princípios.

Conforme apresentado, a sociedade e, em consequência o direito sofreram diversas transformações, passando-se a aceitar outras formas de composição de família, tal como a família monoparental.

Frise-se que, a partir da Constituição Federal de 1988, reconheceram-se direitos e garantias às famílias, antes tidas como ilegítimas. Isso porque, o afeto tornou-se elemento essencial a formação da família, passando essa a não mais limitar-se apenas aos modelos trazidos pela norma.

Em que pese adequação da norma constitucional as novas composições familiares existentes, a sociedade ainda está submersa em um conservadorismo em torno da sexualidade, tendendo o comportamento humano a excluir tudo aquilo que não está inserido nos padrões sociais, afastando, assim as minorias.

Ressalta-se que a família homoafetiva não é expressamente tutelada pela Constituição Federal, entretanto, essa tutela é implícita. Tal proteção implícita em nada difere daquela explicitamente prevista no corpo da norma, pois, em consonância aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da isonomia é imprescindível garantir proteção a diversas formas de constituição de família que tenha como fundamento o afeto.

No ordenamento jurídico, artigo 226 *caput* da Constituição Federal de 1988, o rol de entidades familiares trazidos não é exaustivo, e tampouco há vedação acerca da possibilidade de se tutelar a família homoafetiva, não podendo assim, presumi-la.

Importante destacar o dever do Estado deve garantir especial proteção a família conforme preleciona o ordenamento constitucional, devendo, portanto ser a família homoafetiva merecedora da tutela estatal.

Apesar da notória existência da família homoafetiva e o conhecimento das suas demandas sociais e jurídicas perante o Judiciário. Há omissão de norma específica no ordenamento jurídico pátrio. Talvez isso ocorra por receio do Poder Legislativo em contrariar seus eleitores, preferindo, assim, omitir proteção a direitos homoafetivos, tido como minorias sociais.

Faz-se necessário reconhecer a importância do Poder Judiciário em garantir direitos as famílias homoafetivas. Essa atuação fundamenta-se na hermenêutica jurídica, que traz métodos interpretativos objetivando a integração do ordenamento jurídico.

Conforme mostrado nessa pesquisa, inicialmente o Poder Judiciário considerava a união entre pessoas de mesmo sexo como sociedade de fato, pretendendo evitar apenas o enriquecimento sem causa. Entretanto, atualmente em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal foi conferida a união homoafetiva os mesmos direitos oriundos da união estável.

Posicionamento esse, fundamentado em uma interpretação constitucional realizada não apenas na norma constitucional expressa, mas também baseando-se nos princípios fundamentais que a norteiam.

A Constituição Federal resguardada pelo Supremo Tribunal Federal de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e a facilitação da conversão em casamento civil não pode ser vilipendiado em detrimento da inércia do Poder Legislativo.

Após o reconhecimento realizado da Suprema Corte, na ADI 4277, a união homoafetiva como entidade familiar equiparada a união estável, não se pode obstar a sua conversão em casamento civil, pois isso contraria a concretização dos preceitos da Constituição Federal de 1988.

Outrossim, se a união estável heterossexual deve ter facilitada sua conversão em casamento, por que razão justificaria a negativa ao casamento entre pessoas de mesmo sexo, pois de acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal a união homoafetiva merece a mesma proteção recebida pela união estável. Tal negativa estaria eivada de preconceito, sendo, portanto um retrocesso.

Deste modo, conforme demonstrado, no julgado do Superior Tribunal de Justiça, havendo o cumprimento dos requisitos exigidos pela norma infraconstitucional acerca da união estável, deve ser reconhecida a união homoafetiva e poderá essa ser convertida em casamento.

Por fim, a análise feita no presente estudo monográfico acerca da possibilidade de conversão da união homoafetiva em casamento comporta a conclusão pela validade da hipótese de verificação posta no problema tratado na pesquisa.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição semântica da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva.

BERTONCINI, Carla; SAKAGUCHI, Waldizia Marques Osti. *Entidades Familiares Constitucionalizadas e a União Homoafetiva*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira. SANTOS, Murilo Angeli Dias dos. (Org.). *Estudos Contemporâneos de Hermenêutica Constitucional*. Birigui, SP: Editora Boreal, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRAGA, Simone; CARVALHO, Raissa. *A Constitucionalidade das Uniões Homoafetivas: o reconhecimento como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/7a-edicao/a-constitucionalidade-das-unioes-homoafetivas-o-reconhecimento-como-entidade-familiar-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 10 mar 2012.

BRASIL. Código Civil Brasileiro (2002), Lei n. 10.406 de 10.01.2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Decreto-lei n. 4.657 (1942). Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: Senado Federal.

BRASIL. Projeto de lei 612, de 29 de setembro de 2011. Altera os artigos 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Diário do Senado Federal. Brasília, n. 163, p. 39.558-39.559, 30 set. 2011. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=30/09/2011&paginaDireta=39558>>. Acesso em: 03 jun 2012.

BRASIL. STJ reconhece casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-25/stj-reconhece-casamento-civil-entre-pessoas-mesmo-sexo>> Acesso em: 28 jul 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1183378. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000366638&data=1/2/2012> Acesso em: 04 ago 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf> > Acesso em: 2 jun 2012.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; SCHIOCCHET, Taysa. *O reconhecimento jurídico das uniões estáveis homoafetivas no Direito de Família brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1785>. Acesso em: 12 mar. 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito & a Justiça*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito & a Justiça*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FRANCO, Simone. *União estável entre pessoas do mesmo sexo aprovada em comissão*. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/05/24/codigo-civil-podera-incluir-legalidade-de-uniao-estavel-entre-pessoas-do-mesmo-sexo>> Acesso em: 03 jun 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Repersonalização das Relações de Família*. In: Bittar, Carlos Alberto (coord.). *O Direito de Família e a Constituição de 1988*, São Paulo: Saraiva, 1989.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*, São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Revista brasileira de Direito de Família, v.3, n° 12, p.54, Jan-Fev-Mar/2002.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Famílias, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

LOTUFO, Renan (Coord.); DANTAS, Aldemiro; *Lacunas do Ordenamento Jurídico*. Barueri, SP: Manole, 2005.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A Constitucionalidade do Casamento Homossexual*. São Paulo: LTr, 2008.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *Interpretar a Constituição não é ativismo Judicial* (ADPF 132 ADPF 178 buscam uma interpretação adequada de direitos já existentes na Constituição). Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=554>> Acesso em 20 maio 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros Silva; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 4. ed. V. 2, São Paulo, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOTTA, Moacyr Parra. *Interpretação Constitucional sob Princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

NICOLAU, Gustavo Rene. *União Estável e Casamento: diferenças práticas*. São Paulo: Atlas, 2011.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, José L. C. de; MUNIZ, Francisco J. Ferreira. *Direito de Família*. Porto Alegre: Sérgio A. F. Editor, 1990.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

PONZINI, Laura de Toledo. *Famílias simultâneas: união estável e concubinato*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

RAYMUNDO, Ana Lúcia. BEZERRA, Jeanne K. Santiago. *Conflito entre Princípios e Regras Constitucionais*. Disponível em: <<http://www.mp.rn.gov.br/download/artigos/artigo20.pdf>> Acesso em: 28 maio 2012.

SANTOS, Marcus Tullius Leite Fernandes dos. *Um Estudo sobre a teoria da Interpretação Jurídica no Pensamento de Hans Kelsen*. Disponível em:

<http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/255> Acesso em: 30 maio 2012.

SILVA, Verônica Ribeiro da. *Pontos críticos da Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil frente às Leis 8.971/94 e 9.278/96*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=452>> Acesso em: 13 jun 2012.

VECCHIATI, 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.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O STF e a união estável homoafetiva*. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19086/o-stf-e-a-uniao-estavel-homoafetiva/1>> Acesso em: 21 maio 2012.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Possibilidade de Conversão da União Estável Homoafetiva em Casamento Civil*. Disponível em: <<http://pauloriv71.wordpress.com/2011/05/31/parecer-possibilidade-de-conversao-da-uniao-estavel-homoafetiva-em-casamento-civil/>> Acesso em: 21 maio 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.