CASAMENTO CIVIL E UNIÃO HOMOAFETIVA

Raquel Santos de Santana*

RESUMO: O presente artigo trata da impropriedade estabelecida quando do julgamento da ADPF 132, ao dar, o STF, interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil, riscando as expressões "homem" e "mulher" do referido dispositivo por serem discriminatórias. Logo, retirando-se as expressões homem e mulher do dispositivo, o instituto da união estável passa a ser aplicado à união homoafetiva com todas as suas disposições, ou seja, sem restrições, inclusive com a possibilidade de sua conversão em casamento, estando os demais órgãos do Poder Judiciário vinculados a esta decisão pela eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Nesse toar, o Poder Judiciário findou por legislar, descaracterizando o instituto da união estável entre homem e mulher, preexistente e disciplinado pela Constituição Federal, com o fito de reconhecer novas entidades familiares, e afrontou a intenção do legislador constituinte, pois, tratando a união homoafetiva como se fosse união estável entre homem e mulher, o STF distorceu o comando constitucional do artigo 226 § 3º sem observar a técnica e os limites constitucionais. Diante dessa celeuma, o presente artigo traz a solução jurídica mais adequada para a declaração da união homoafetiva, e também para os casos de pedido de autorização para habilitação e celebração de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, aliando a técnica jurídica à efetivação dos direitos do cidadão.

PALAVRAS-CHAVE: União. Casamento. Homoafetiva.

A união homoafetiva foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal através da ADPF 132, recebida como ação direta de inconstitucionalidade, cujo julgamento, **com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante**, consistiu em dar uma interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil, no sentido de riscar as expressões "homem" e "mulher" do

* Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT/SE, especialista em Direito Público pela UNIDERP/LFG, aprovada pela OAB/SE, Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

referido dispositivo por serem discriminatórias, o que possibilitou sua aplicação ao instituto da união homoafetiva.

O artigo 1723 do Código Civil dispõe que: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". Logo, retirando-se as expressões homem e mulher do dispositivo, o instituto da união estável passa a ser aplicado à união homoafetiva com todas as suas disposições, ou seja, sem restrições, inclusive a possibilidade de sua conversão em casamento, estando os demais órgãos do Poder Judiciário vinculados a esta decisão.

Sobre o tema, os votos dos Ministros Gilmar Mendes, Cézar Peluso e Ricardo Lewandowski foram no sentido de reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, porém distinta da união estável entre homem e mulher regulamentada pelo Código Civil, aplicando-se, no que couber, as regras deste último instituto, à exceção dos dispositivos que exigirem a diversidade de sexos, até que o Poder Legislativo regulamente o instituto da união homoafetiva expressamente.

Merece destaque o voto do Ministro Lewandowski, pois, de fato, o legislador constituinte, no artigo 226, apenas reconheceu como entidade familiar aquelas famílias decorrentes de casamento civil, de união estável entre homem e mulher, e a monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ficando excluída da proteção do Estado a relação porventura existente entre pessoas do mesmo sexo.

Nesse contexto, a legislação infraconstitucional veio apenas a repetir a ideia e regulamentar o que foi prescrito pela Constituição Federal em seu artigo 226 § 3º, estabelecendo o Código Civil, em seu artigo 1723, que a união estável deve ser entre o homem e a mulher, não podendo haver supressão de expressão pelo STF, sob pena de mudar o sentido da norma, confundindo institutos distintos apesar de semelhantes, e de o STF usurpar a competência típica do Poder Legislativo, regulamentando matéria nova, ou seja, criando uma nova regra, tudo isso em face de uma norma que repete passagem do próprio texto constitucional.

A técnica de decisão denominada interpretação conforme a Constituição somente é possível quando a norma apresentar vários significados, sendo uns compatíveis com a Constituição e outros com ela incompatíveis. Assim, o STF pode dizer que a norma é constitucional se interpretada de uma única forma, eliminando as interpretações

inconciliáveis, ou pode dizer que a lei é constitucional se interpretada pelas formas x, y ou z, exceto por uma única que seria incompatível com a Constituição e que fica, portanto, eliminada (ALEXANDRINO, 2011, p.773).

Também pode haver a redução de texto, declarando a inconstitucionalidade de determinada expressão do texto legal, o que possibilitaria uma interpretação compatível com a Constituição (MORAES, 2007, p.12).

Dessa forma, não será cabível a interpretação conforme a Constituição quando a norma possuir apenas um sentido, não podendo o STF funcionar como legislador positivo, criando um novo texto legal (MORAES, 2007, p.12).

O STF optou por essa última modalidade, a de interpretação conforme a Constituição com redução de texto, já que foram suprimidas do dispositivo legal as expressões homem e mulher. Ocorre que, no caso da norma infraconstitucional que regula a união estável entre homem e mulher há justamente um único sentido e este é completamente compatível com a atual Constituição Federal, e a redução de texto efetuada com a decisão da ADPF 132 proporcionou o efeito reverso de afrontar o texto constitucional, na medida em que descaracterizou o instituto da união estável, admitindo uma nova entidade familiar como união estável e criou um novo texto legal, sendo que a Constituição Federal não reconhece como união estável a união homoafetiva por liberalidade de votação entre os constituintes e, via de consequência, usurpou a competência legislativa do Congresso ao atuar como legislador positivo.

É certo que, na qualidade de cidadãos com opção sexual distinta da comum que por tanto tempo se perpetuou como a mais correta, os homossexuais se veem em situação de desigualdade criada pela norma constitucional que se furtou ao reconhecimento da relação homoafetiva como entidade familiar, em tom meramente discriminatório e aniquilador do direito de indivíduos que se encontram em situação de igualdade formal garantida, em outras linhas, pela própria Constituição Federal, já que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

Porém, o Poder Judiciário não pode legislar descaracterizando institutos preexistentes e disciplinados pela Constituição Federal, como a união estável entre homem e mulher, em virtude do reconhecimento de novas entidades familiares, mudando o sentido da norma infraconstitucional

civil e, pior, afrontando a intenção do legislador constituinte, pois, tratando a união homoafetiva como se fosse união estável entre homem e mulher, o STF está distorcendo o comando constitucional do artigo 226 § 3º para, forçosamente, atribuir direitos a uma classe pela ausência de regulamentação formal sem observar a técnica e os limites constitucionais.

A partir de uma análise do corpo da Constituição, verifica-se que o propósito da Constituição Federal é eminentemente cristão, tanto é que foi promulgada "sob a proteção de Deus", como consta em seu preâmbulo, apesar de o Brasil se intitular um país leigo, laico ou não confessional nos moldes do artigo 19, inciso I da CF, daí porque, embora o STF possa efetivar o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, sua inclusão no instituto da união estável somente pode decorrer de emenda à Constituição, sob pena de afronta à cláusula pétrea que se refere à separação dos poderes insculpida no artigo 60, § 4º, inciso III da CF.

Observa-se, inclusive, no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, passagem transcrita sobre o debate na Assembleia Constituinte a esse respeito, no qual ficou mais do que esclarecida a intenção dos constituintes da época de evitar qualquer interpretação distinta daquela referente à impossibilidade de proteção às relações formadas entre pessoas do mesmo sexo a título de união estável.

Leia-se a transcrição do debate acima referido:

> **O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI**: - Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: 'Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'
>
> Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gaysés do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no showástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no §: 'Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida

> a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento' – Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembleia, mas, para se evitar toda e qualquer malévola interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. Que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.
> **O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE:** - Isso é coação moral irresistível.
> **O SR. PRESIDENTE (ULISSES GUIMARÃES):** - Concedo a palavra ao relator.
> **O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES:** - A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.
> **O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL):** - Sr. Presidente, estou de acordo.
> **O SR. PRESIDENTE (ULISSES GUIMARÃES):** - Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. **(Pausa)**. Aprovada **(Palmas)**.

Nesse diapasão, não há como prosperar a interpretação do STF no sentido de que a dualidade homem/mulher mencionada no texto constitucional serviria para afirmar a horizontalidade das relações jurídicas, ou seja, a ausência de hierarquia entre homem e mulher, desvencilhando-se do caráter patriarcal antes predominante na entidade familiar.

Destarte, o STF não pode se furtar ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, pois, na condição de guardião da Constituição, há que se voltar para a efetivação do fundamento maior do texto constitucional que é a dignidade da pessoa humana, não podendo se permitir que a Lei maior faça discriminações em função da orientação sexual do indivíduo nos dias atuais e sob a égide de um Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a solução judicial para o caso concreto a ser dada pelo STF, *data maxima venia,* deveria pautar-se no reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e aplicar, por analogia, os preceitos estabelecidos para a união estável quanto ao regime/partilha de bens e alimentos, enquanto a lei não dispuser sobre a matéria, ao invés

de misturar os institutos da união estável e da união homoafetiva, como de fato foi feito, sob pena de incidir em afronta ao texto constitucional.

Essa decisão do STF gerou ainda reflexos em outro instituto, de cunho bastante conservador, que é o casamento civil, pois, se união estável e união homoafetiva possuem o mesmo tratamento, e a primeira pode ser convertida em casamento civil, razões inexistem para que se proceda da mesma forma em relação à segunda. Isso, por óbvio, segundo a decisão do STF proferida na ADPF 132 com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Inclusive, cabe registrar que a *V Jornada de Direito Civil* realizada pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF) concluiu, no Informativo 525, que "é possível a conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, observados os requisitos exigidos para a respectiva habilitação".

Porém, no que tange ao casamento civil, a Constituição Federal faz limitação idêntica ao se reportar, no artigo 226 § 5º, que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

Por outro lado, dispõe o artigo 1.514 do Código Civil que "O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados", restringindo por completo a possibilidade de celebração de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Feita tal explanação, é patente a existência de óbice constitucional e legal para a celebração do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, na medida em que a Constituição Federal prevê a realização do casamento civil apenas para homem e mulher e, da mesma forma, o Código Civil, que restringe a celebração do casamento apenas entre homem e mulher, surgindo um conflito entre os dispositivos e a decisão proferida pelo STF que passou a admitir, *via reflexa*, a conversão da união homoafetiva/estável em casamento civil. De um lado, a união homoafetiva pode ser convertida em casamento civil, de outro, o casamento civil não pode ser celebrado diretamente, sem a utilização da via da conversão da união, por óbices constitucional e legal.

Em relação ao casamento civil, a intenção do legislador constituinte também é bastante clara ao atribuir direitos e deveres dentro da sociedade conjugal para o homem e para a mulher e, se fez a restrição para o instituto menos formal que é a união estável, que dirá em relação ao instituto

formal do casamento civil. E mais, o STF nada pronunciou a esse respeito.

Diante dessa celeuma, qual a solução jurídica mais adequada em caso de pedido de autorização para habilitação e celebração de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo?

A primeira hipótese seria a de deferimento do pedido, utilizando o mesmo ensinamento proposto pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADPF 132, ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, no sentido de que "A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, (…), deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros", e declarar a inconstitucionalidade do artigo 1514 do Código Civil em sede de controle difuso de constitucionalidade por constituir óbice ao deferimento do pedido, sob o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Essa primeira hipótese torna-se possível em virtude de o STF ter admitido, *via reflexa,* e com eficácia erga omnes e o efeito vinculante, a possibilidade de conversão de união homoafetiva em casamento ao igualar os institutos da união estável e da união homoafetiva, ambos submetidos hoje às mesmas regras.

A segunda hipótese seria a de indeferimento da inicial, nos termos do artigo 295, inciso I *caput* e § único, inciso III do CPC, tendo em vista que a petição inicial é inepta por impossibilidade jurídica do pedido, já que há vedação expressa à pretensão do autor, tanto pelo artigo 226 § 5º da CF, como pelo artigo 1514 do Código Civil.

Dessa forma, para que seja mantida a segurança jurídica do ordenamento e das decisões, é necessária a utilização de técnica jurídica pelo operador do direito, com ênfase para os limites constitucionais e legais e para a separação dos Poderes.

A melhor técnica jurídica a ser utilizada pelo operador do direito é a de que, havendo regra com vedação expressa ao pedido, deve ser fundamentado o seu afastamento, pois a regra, espécie do gênero norma, deve ser analisada a partir do requisito da validade, logo, ou a regra é válida e deve ser aplicada e cumprida, ou a regra não é válida e deve ser extirpada do ordenamento jurídico, diferentemente do que ocorre com os princípios, que possuem diversos graus de concretização

e variam em razão da situação fática ou jurídica, podem coexistir ainda que antagônicos e são balanceados de acordo com o peso ou valor (CANOTILHO, 2000, p.1181).

Também não se deve invadir a esfera de atuação dos demais poderes sob a alegação da prática do ativismo judicial, pois, como já dizia Montesquieu, "(...) tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos"[1].

Nesse contexto, o ativismo judicial vem assumindo um papel passível de crítica, na medida em que o Poder Judiciário tende a atuar de forma positiva nas demandas não satisfeitas pelo Poder Legislativo, manifestando-se por meio das seguintes condutas bem definidas pelo ilustre Jurista Luís Roberto Barroso:

> (i) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

É inegável que o operador do direito deva interferir de forma construtiva na aplicação da lei, até mesmo pela necessidade de interpretação de leis de conteúdo aberto cuja indeterminação advém do próprio direito, mas daí a legislar de forma plena descaracterizando institutos jurídicos já definidos pela Constituição Federal, é lamentável.

O ativismo judicial deve ser uma exceção à regra da contenção do avanço do Judiciário sobre a política, servindo apenas para garantir o exercício da democracia e dos direitos fundamentais e evitando, assim, danos à sociedade por conta da omissão do legislador. Vale ressaltar que é imprescindível que a decisão seja bem fundamentada dentro dos parâmetros constitucionais, pois é isso que irá limitar a interpretação e legitimar essa função jurisdicional excepcional (BARROSO, *on line*).

Assim, ao operador do direito são admitidos como referenciais

para a solução jurídica de uma situação inédita, sobre a qual inexiste regulamentação pelo Pode Legislativo, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, que devem ser utilizados dentro dos parâmetros estabelecidos pela Constituição, o que servirá de fundamento e legitimará a solução que melhor garanta o direito pretendido, sem distorções, invenções livres ou mesmo falta de técnica jurídica, podendo, quando muito, potencializar comandos constitucionais, a fim de obter uma interpretação extensiva.

___

CIVIL MARRIEGE AND UNION HOMOAFETIVA

ABSTRACT: This article deals with the impropriety established when the trial ADPF 132, to give the Supreme Court, interpreting the Constitution according to Article 1723 of the Civil Code, by deleting the words "man" and "woman" of the device to be discriminatory. Therefore, removing the male and female expressions of the device, the Office of the stable shall be applied to the union homoafetiva with all its provisions, ie, without restrictions, including the possibility of its conversion into marriage, the others being organs of the judiciary bound by this decision by the erga omnes effect and binding effect. In Toar, the Judiciary ended by legislating, the institute descaracterizando stable union between man and woman, preexisting and disciplined by the Constitution, with the aim of recognizing new family entities, and defied the intent of the constitutional legislator therefore treating the union homoafetiva as if it were a stable union between man and woman, the Supreme Court distorted the constitutional command of Article 226 § 3 without observing the technical and constitutional limits. Given this stir, this paper gives a legal solution most appropriate for the statement homoafetiva Union, and also in case of application for license and celebration of civil marriage between persons of the same sex, combining the technical realization of the legal rights citizen.

KEYWORDS: Wedding. Marriage. Affective union.

Notas

[1] Montesquieu, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Marins Fontes, 1993, p.181

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2011.
BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em 9 de maio de 2012.
CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Marins Fontes, 1993.
MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.