



UNIÃO HOMOAFETIVA: UMA QUESTÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

HOMOAFETIVE UNION: A QUESTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

¹Renata Caroline Pereira Reis Mendes

²Cristiano de Lima Vaz Sardinha

RESUMO

Analisa o direito à realização do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Apresenta diferentes visões sobre questões relacionadas ao sujeito, à identidade e ao gênero. Aborda os direitos fundamentais e os princípios constitucionais aplicáveis ao tema. Destaca como os tribunais superiores do Brasil se posicionaram sobre a união entre pessoas do mesmo sexo. Indica a questão relativa à atuação do cartório nesse assunto.

Palavras-chave: Casamento, União homoafetiva, Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

It analyzes the right to same-sex marriage. It presents different views on subjects related to the subject, to identity and to gender. It addresses fundamental rights and the constitutional principles applicable to the topic. It highlights how the superior courts of Brazil have positioned themselves on the union between people of the same sex. Indicates the question regarding the office of the notary in this matter.

Keywords: Marriage, Homosexual union, Fundamental Rights.

¹ Mestranda em Cultura e Sociedade pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA, São Luís, (Brasil). Advogada. Professora Substituta na Universidade Estadual do Maranhão – UEMA, São Luís E-mail: renatacpreis@hotmail.com

² Mestrando em Cultura e Sociedade pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA, São Luís, (Brasil). Tabelião e Oficial de Registros no Estado do Maranhão. E-mail: cristiano-sardinha@hotmail.com



1. INTRODUÇÃO

A ciência jurídica moderna reconhece o casamento como uma das formas de constituição da família. Durante muito tempo a sociedade brasileira foi regida pelo sistema patriarcal, incorrendo na construção de uma visão tradicional do casamento. De maneira que este se resumia à união entre homem e mulher, de forma permanente, de comum acordo e nos termos da lei, associando-se à reprodução, à ajuda mútua e à criação dos filhos.

No entanto, no contexto atual tem sido possível a observância de uma extensão dessa visão, de maneira a admitir-se e proteger-se outros modos de formação da entidade familiar. Afinal, a realidade que se impôs no quadro familiar ultrapassou a configuração composta por um núcleo exclusivamente formado por mãe, pai e filhos, considerando-se a afetividade e incluindo-se outros entes.

Ora, a visão tradicional carrega consigo um viés ultrapassado e preconceituoso, haja vista que não se coaduna com a heterogeneidade individual e coletiva que compõe a realidade. Ademais, pela perspectiva da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade material, deve ser assegurado a todo e qualquer indivíduo o direito de livremente buscar a forma de relacionamento que lhe convém.

Razão pela qual, paradigmas têm sido quebrados a fim de assegurar o direito das pessoas em relacionar-se da forma que lhe seja adequada, inclusive buscando o parceiro do sexo e gênero que lhe convém, buscando assegurar o tratamento respeitoso e digno na união homoafetiva, por exemplo, sem que haja qualquer tipo de mácula ou limitação, sob pena de violação aos direitos fundamentais.

Deve-se destacar que o reconhecimento jurídico e social do casamento homoafetivo, representa um dos maiores anseios da sociedade brasileira atual, pois além de representar o respeito à liberdade individual, também simboliza a necessária reestruturação da mentalidade, da cultura e dos costumes, no sentido de extirpar ou pelo menos reduzir preconceitos e tabus odiosos, estruturando uma realidade já existente.

A necessidade de discussão permanente acerca da evolução e configuração dessa situação no Brasil associada à experiência acadêmica e funcional foi o que suscitou inquietação e levou à realização desta pesquisa. Portanto, o presente trabalho pretende analisar o direito à realização do casamento homoafetivo, com base nos princípios constitucionais brasileiros. Para tanto, abordará as questões relevantes em relação à família e a união entre pessoas do mesmo sexo, ao mesmo passo em que refletirá acerca



dos direitos fundamentais e dos princípios aplicáveis à matéria, enfatizando a produção doutrinária sobre o tema e a posição dos tribunais superiores acerca da união e do casamento homoafetivo no país.

A escolha desse método para o presente estudo, baseia-se na premissa de que a pesquisa bibliográfica é um movimento metódico, articulado com a construção dos conceitos essenciais de seu referencial teórico, uma vez que se desenvolve pelo lento processo de reunir, selecionar e organizar (mental e concretamente) os conceitos e citações a serem utilizados na pesquisa.

Espera-se que este trabalho possa servir de fonte de pesquisa para estudos posteriores que abordem a temática, sendo a possibilidade do casamento homoafetivo, um importante marco para os direitos individuais no Brasil.

2. QUESTÕES RELEVANTES SOBRE O SUJEITO, A IDENTIDADE E O GÊNERO

É curial ter-se a sensibilidade de perceber que pelo fato de vivermos em uma sociedade regida por regras, costumes e tabus, muitas das vezes os indivíduos enquanto sujeitos, bem como a sua identidade, acabam sendo menoscabados em razão de supostos interesses sociais que são frutos de um conjunto de discursos não reveladores dos seus verdadeiros objetivos.

Diz-se que a modificação do tipo dominante de representação social e a redefinição do tipo dominante de modernização, onde se vislumbra a decadência e o desaparecimento do universo social e repensam-se questões como classe, movimentos sociais e instituições, a exemplo da família, suscitam uma mudança de paradigmas que se configuraria enquanto uma mudança de valores.

Um novo paradigma seria estabelecido a partir das noções centrais de sujeito e de direitos. De forma que a construção do indivíduo e do sujeito se dão de maneira distinta. Enquanto o indivíduo moderno associa-se à decomposição dos quadros sociais, apresentando-se fragmentado, enfraquecido, sem definição de grupos de pertencimento, sem garantia de identidade em si mesmo, cujo “eu” constantemente é modificado por estímulos que o atingem e influenciam.

O sujeito, por seu turno, vai formar-se a partir do desejo de escapar das forças, das regras e dos poderes que o impedem de ser ele mesmo e tentam o reduzir a situação de componente do seu próprio sistema, sendo definido em sua resistência, evocando uma luta



social, colocando-se na ordem dos direitos e deveres, da moralidade. Logo, um ator de sua própria existência, que busca constituir-se ao lutar por seus direitos.

Para que alguém se torne plenamente sujeito é necessário que se reconheça enquanto ser individual, que busca a defesa e a construção de sua singularidade, dando um sentido à existência por intermédio de atos de resistência. Afinal, “Não há sujeito senão rebelde, dividido entre a raiva e a esperança” (TOURAINÉ, 2006, p. 121).

Nesse sentido, a noção de sujeito interliga-se à noção de direitos, haja vista que a reivindicação de direitos, dos abstratos aos concretos, marca a história do sujeito. E as polarizações instituídas pelo modelo ocidental devem se recompor e serem superadas para que seja possível o delineamento de um novo dinamismo.

É com o reconhecimento de si e dos demais, proporcionando um espaço de liberdade e criatividade que se opõe à dominação e à violência, que uma nova concepção de democracia se afirma, haja vista que

A experiência de ser um sujeito se manifesta sobretudo pela consciência de uma obrigação relativa não a uma instituição ou a um valor, mas o ao direito de cada um de viver e de ser reconhecido em sua dignidade, naquilo que não pode ser abandonado sem privar a vida de todo sentido. Sentido do dever, sentido da obrigação – estas expressões são empregadas por todos, mas é preciso acrescentar que se sente sujeito apenas aquele ou aquela que se sente responsável pela humanidade de um outro ser humano. (TOURAINÉ, 2006, p. 157)

Ao verificar-se a questão do sujeito é relevante enfatizar que o sujeito masculino tem sido visto por uma ótica absolutamente distinta do sujeito feminino, haja vista que em significativo número de formações sociais existentes, o sistema patriarcal mostra-se ainda muito prevalente e os homens ocupam direta ou indiretamente, uma posição de poder em face das mulheres.

Ademais, a visão de que a ciência é imparcial vêm sendo combatida pelos chamados “saberes localizados”, que consistiriam em uma proposta de ciência parcial e localizada, uma vez que o imaginário e o racional circulam juntos. Já que a neutralidade é vista como impossível.

A alternativa ao relativismo são saberes parciais localizáveis, críticos, apoiados na possibilidade de redes de conexão, chamadas de solidariedade em política e de conversas compartilhadas em epistemologia. O relativismo é uma maneira de não estar em lugar nenhum, mas alegando-se que se está igualmente em toda parte (HARAWAY, 1995, pp. 23-24).

É válido frisar que o pós-estruturalismo foi a corrente teórica que fundamentou as teorias feministas, e deu suporte para as discussões em torno do conceito de gênero, uma vez



que permitiu o questionamento das categorias universais e unitárias e tornou conceitos, como homem e mulher, anteriormente tratados como naturais, em históricos, tal qual abordado no texto “Pós-estruturalismo”, de James Williams (2012).

Uma total ruptura de nosso senso seguro do significado e referência na linguagem, de nosso entendimento, de nossos sentidos e das artes, de nossos entendimento de identidade, de nosso senso da história e do papel dela no presente e de nosso entendimento da linguagem como algo livre do trabalho do inconsciente. [...] Um aspecto do pós-estruturalismo é seu poder de resistir e trabalhar contra verdades e oposições estabelecidas. Ele pode ajudar a lutar contra a discriminação em termos de sexo ou gênero [...]. (WILLIAMS, 2012)

Afinal, conceber o sujeito como universal é atribuir-lhe homogeneidade, unidade. No entanto, o que o pensamento feminista propõe é que o sujeito é constituído por múltiplas posições, que são plurais, contraditórias, contingentes.

As teorias de gênero permitem que se pense o sujeito como plural, heterogêneo e contingente, haja vista que este se constrói dentro de significados e de representações culturais, marcados pelas relações de poder.

Simone de Beauvoir em “O Segundo Sexo” (1980) explorou a temática da mulher e questionou essa categoria, bem como as demais que a ela se relacionam (fêmea, feminino, feminilidade, por exemplo), ao partir da premissa de que não são questões naturais e imutáveis que colocam a mulher enquanto o “segundo sexo” ou o “outro”.

Por seu turno, o filme “Transamérica” (2005) que, em síntese, conta a história de Bree, uma mulher transgênero que fez a cirurgia de readequação sexual, no intuito de se sentir completa e aceita, inclusive por si mesma, exemplifica que a identidade de um sujeito não é fixa e engessada, podendo ser móvel, e que as questões biológicas ou a imposição social, familiar, não podem e não devem ser preponderantes na determinação da identidade de uma pessoa.

Razão pela qual sugere-se a urgência de uma mudança de postura pessoal, de homens e mulheres, social e política, de modo a abandonar o silêncio, acabar com as hipocrisias possivelmente instaladas e enfrentar os preconceitos de toda ordem, sobretudo aqueles relacionados ao gênero e a liberdade de escolha sexual de cada um.

Tomando-se como premissa o fato de que o gênero é uma construção cultural e social, seria perfeitamente possível que o mesmo possuísse configurações distintas das que hoje são apresentadas. Nesse compasso, a heterossexualidade compulsória deve ser analisada de maneira crítica, possuindo a homoafetividade o seu lugar de direito.



Na realidade, a visão de um casal como necessariamente heterossexual com a finalidade reprodutiva ganhou ainda mais força com a Era Vitoriana, no século XIX, onde o sexo passou a receber de forma exagerada uma roupagem de obscuridade, sendo algo que não deveria ser tratado ou debatido em público, reservando-se única e exclusivamente ao âmbito doméstico (Foucault, 1988).

Em outras palavras, o casal e a família foram padronizados de acordo com os costumes impostos pela sociedade e a igreja, onde o sexo passou a ser negativamente contrastado com a moral, que serviria principalmente para a reprodução e a formação da família heterossexual.

Feitas essas necessárias considerações sobre algumas relevantes questões relativas ao sujeito, à identidade e ao gênero, a seguir passaremos aos fundamentos jurídicos que respaldam a união entre casais homoafetivos, bem como, será verificado como o Direito Brasileiro posiciona-se atualmente sobre o tema.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com Bobbio (2004, p. 5) os direitos humanos são frutos da evolução histórica, e não surgem todos de uma única vez, sendo, portanto, relativos. Consagrados a partir da Revolução Francesa, emergiram com a pretensão de limitar a ação do Estado e de proteger a liberdade de cada indivíduo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas enalteceu a expressão “direitos humanos”, tendo refletido no ordenamento jurídico do contexto mundial, inclusive no Brasil, de modo a influenciar a Constituição de 1988, que apresentou no Título II a previsão dos direitos e garantias fundamentais.

Os direitos fundamentais estão solidificados sobre a dignidade humana e devem guiar a maneira como se compreende e aplica o Direito.

[...] direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. [...] os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. [...] Função de prestação social, os direitos a prestações significam, em sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social). (CANOTILHO, 2003)



Caracterizados por sua historicidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade e inviolabilidade, o respeito aos direitos fundamentais é um dever imposto e que deve primar pela consolidação de um mínimo de respeito e igualdade.

Nessa esteira, compreende-se a dignidade humana enquanto um valor universal que constitui a própria existência e dirige-se a todos os seres humanos, independentemente de suas diferenças e capacidades. Deste decorrem outros princípios, como a liberdade e a igualdade, como se depreende do artigo 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948).

Dessa maneira, para que haja a concretização efetiva da dignidade torna-se indispensável que se observe a particularidade que compõe cada pessoa, considerando-se, para tanto, a sua igualdade ou a sua diferença e estendendo-se para todos os âmbitos e esferas do indivíduo.

As pessoas nascem livres, podendo desenvolver-se em sua plenitude, o que significa inclusive que podem estabelecer e manter as relações pessoais e afetivas de acordo com o seu interesse ou orientação sexual. Razão pela qual, entende-se que já não cabe uma atuação estatal tendenciosa para uma postura homofóbica, uma vez que o Estado deve primar pela segurança jurídica e abarcar as relações entre indivíduos do mesmo sexo. Afinal, “o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade” (KANT, 2003, p. 58).

Desse entendimento, pactua a Carta Magna ao condenar qualquer forma de preconceito e discriminação e ao consagrar o princípio da igualdade através dos artigos 3º, que enuncia os objetivos fundamentais da República, e 5º. Deve-se evitar e combater o tratamento diferenciado as pessoas e as situações substancialmente iguais, combatendo-se a produção da desigualdade.

Nesse ponto, reitera-se que a Constituição resguarda a igualdade de tratamento, exortando desequiparações fundamentadas, dentre outros aspectos, no gênero e, extensivamente, na orientação sexual.

4. O CASAMENTO HOMOAFETIVO DE ACORDO COM O DIREITO BRASILEIRO

Na constituição de muitos povos antigos, sejam os mesopotâmicos, babilônios, hindus ou chineses; a família estruturava-se obedecendo a uma hierarquização rígida,



autoritária e liderada pelos ancestrais mais velhos, detentores de poderes plenos sobre os demais membros da família, que tinham o dever de obediência quase ilimitada.

O Direito Canônico prosperou até o século XVIII, baseando-se em dogmas, que eram destinados a reger o comportamento de todas as pessoas dentro da família, sendo o marido o patriarca da família, concentrando poderes ilimitados sobre os demais membros da família, e dispendo de penalidades rigorosas, para aplicar nos casos de indisciplina de seus dependentes.

Engels (1997, p. 31), editou no século XIX, obra descrevendo a origem da família:

Conta que inicialmente família mantinha relações plurigâmicas ou endogâmicas tribais e o domínio da família era matriarcal, tendo em vista que a prole não se afastava da mãe, a qual educava e alimentava os filhos, enquanto o pai caçava e guerreava, havendo até dificuldade em determinar quem era o pai de uma criança.

Merece ser enfatizado também, o contrato social tratado por Rousseau, onde foi organizando o modelo monogâmico de família, com o intuito de preservar os aspectos éticos, religiosos, legais, sentimentais e sociais.

Nesse contexto, a família assumiu mais do que nunca, a postura de célula *mater* da sociedade e do Estado, sendo fortemente influenciada pela Igreja, que se tornou a maior defensora de um modelo tradicional de família, com base em ideias religiosas.

Cumprir destacar que os laços de família de parentesco, ascendência e descendência, são responsáveis pela prevalência de características distintas e bem definidas relacionadas à família, tais como:

a) Intransmissibilidade - O estado de família não se transfere por ato jurídico, nem em vida e nem *pos mortem*, pois fica condicionado à situação subjetiva de um indivíduo para com outro;

b) Irrenunciabilidade - Ninguém pode renunciar à condição de parentesco ou de estado familiar porque depende exclusivamente da posição familiar, ou seja, a ligação de consangüinidade ou afinidade que liga a pessoa à família,

c) Imprescritibilidade - O estado familiar não prescreve pelo decurso do tempo, além de ter caráter personalíssimo;

d) Universalidade - Tem caráter universal o estado familiar com todas suas relações jurídicas, relativas ao *status quo* de vinculação familiar.

e) Indivisibilidade - O estado de família de cada pessoa é indivisível, perante a sociedade e é visto como um todo, ou seja, se alguém é casado, não pode dizer-se solteiro para outras finalidades, o estado de casado com alguém é universal.

f) Correlatividade - É a reciprocidade *interparts*, ou seja, os primos o são entre si, os cônjuges o são entre si, havendo reciprocidade.

g) Oponibilidade - É a condição de opor o estado familiar perante toda a sociedade.

Por sua vez, o estado de família ou de parentesco é garantido e protegido pelo Estado como tutor da sociedade e a concretização dessa proteção se dá através das ações em juízo, provocando o Estado-juiz na manifestação da sua jurisdição. Assim, em casos relativos à ação de investigação de paternidade, estado conjugal, ação de guarda e alimentos para os filhos, ação de regulamentação de visitas aos filhos, por exemplo; representam expressões da proteção à família.

Conforme destacado no introito do presente estudo, o casamento é considerado uma forma tradicional e solene de constituição da família. De modo que, embora a Constituição Federal de 1988 não apresente uma definição para o conceito de família ou mesmo de casamento, tradicionalmente, estabeleceu-se no ideário coletivo que a constituição da família ou do casamento é aquela composta pela união conjugal entre um homem e uma mulher. Possivelmente, fruto do modelo patriarcal que se estabeleceu e figurou durante grande parte da história, e que culminou por limitar o entendimento do legislador.

A Carta Magna, no artigo 226, apresenta que a família é a base da sociedade merecendo proteção especial por parte do Estado. Por sua vez, o Código Civil, no seu artigo 1.511, indica que o casamento é estabelecido pela comunhão dos cônjuges, baseando-se na igualdade de direitos e deveres mútuos.

É cediço que a vida está em movimento constante, de modo que a lei, normalmente, não consegue alcançar as alterações que ocorrem no comportamento da sociedade. Assim, norma e fato nem sempre estão alinhados, já que muitas vezes a situação fática precede a regulamentação normativa.

A partir do entendimento do princípio da igualdade, a noção de família estendeu-se, passando a abarcar não apenas a família matrimonializada, mas protegendo a união estável, trazendo direitos e deveres aos conviventes, e a família monoparental, formada por apenas um dos pais e por seus descendentes. Nessa mesma seara, a questão pertinente aos



filhos também foi revista, passando-se a considerar a inexistência entre os filhos, dando legitimidade e igualdade de direitos a todos.

No entanto, tais alterações legislativas não conseguiram ainda acompanhar a pluralidade das relações, já que a família ganhou novos elementos constitutivos, a exemplo da família homoafetiva, que sustenta seus elos através da união afetiva. Assim, “o novo modelo de família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família” (MATOS, 2004, p. 7), distante, portanto, de uma antiga fundamentação religiosa ou social.

Nesse ínterim, buscando um entendimento mais adequado à realidade cultural e social atual, como também rechaçando discursos preconceituosos, o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, por analogia à união estável homoafetiva.

A possibilidade jurídica do casamento homoafetivo, deu-se a partir do julgamento da Ação Direita de Constitucionalidade 4.277/DF, quando o Supremo Tribunal Federal interpretou o artigo 1.723 do Código Civil à luz da base principiológica constitucional e reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

O Supremo Tribunal Federal, na qualidade de intérprete e guardião da Constituição Federal entendeu de forma clara que não existe qualquer razão para o impedimento da formação de famílias por pessoas do mesmo sexo, pois os princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana agasalham o direito de cada pessoa escolher livremente o seu parceiro sexual e afetivo, para formarem um núcleo familiar se assim desejarem.

Vale destacar que a legislação pátria assegura a facilitação da conversão da união estável em casamento. Diante disso, pela aplicação de lógica básica, não pairam dúvidas de que a união estável de pessoas do mesmo sexo, também pode ser convertida em casamento.

Por outro aspecto, o Superior Tribunal de Justiça seguindo a mesma linha, posicionou-se sobre a legalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, para assim gerar proteção jurídica à família, conforme consta no STJ, 4º T Resp 1.183.348 de 25 de outubro de 2011 (Loureiro, 2016).

Os Tribunais pátrios têm decidido nesse sentido, conforme se vê:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. REGISTRO PÚBLICO. CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº



132 E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4277. EFICÁCIA ERGA ÔMNES E EFEITO VINCULANTE. RECONHECIMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADES FAMILIARES. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL CONFORME A CONSTITUIÇÃO. RECOMENDAÇÃO CONSTITUCIONAL CONFERINDO À UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA OS MESMOS DIREITOS E DEVERES DOS CASAIS HETEROSSEXUAIS. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132, equiparou as uniões homoafetivas as uniões estáveis heterossexuais, sem qualquer ressalva quanto à sua extensão, afastando, de forma expressa, todo e qualquer entendimento que pudesse diferenciar estas duas formas de união. Logo, qualquer interpretação que subdivida a união estável em união estável homoafetiva e união estável heteroafetiva é vedada, como sinaliza a nossa Corte Constitucional. 2. Negar a conversão de união estável homoafetiva em casamento civil seria conferir posição hierárquica superior à entidade familiar heteroafetiva sobre a homoafetiva o que implicaria afronta aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, ante a arbitrariedade de tal conduta e a inexistência de norma proibitiva ou limites semânticos do texto impeditivos de tal exegese constitucional inclusive de abrangência da união homoafetiva no regime jurídico do casamento civil e da união estável. 3. Qualquer raciocínio ou conclusão que parta de premissa distinta se mostra discriminatório e inconstitucional, por sobrepor a literalidade de dispositivos legais à realidade social em que devem ser aplicados. 4. Agora, a concepção constitucional do casamento diferentemente do que ocorria com os diplomas superados -, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. (TJ-RJ - APL: 00798814120128190021 RJ 0079881-41.2012.8.19.0021, Relator: DES. JOSE CARLOS MALDONADO DE CARVALHO, Data de Julgamento: 02/07/2013, PRIMEIRA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 31/10/2013 17:43)

* * *

APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. DIREITO DE FAMÍLIA. CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA EM CASAMENTO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ SOBRE A QUESTÃO. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. O mesmo raciocínio jurídico utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável deve ser utilizado para lhes viabilizar o casamento civil, especialmente em razão de a Carta Constitucional determinar a facilitação da conversão da união estável em casamento, e o artigo 1726 do código civil dispor que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. 2. Em outras palavras, se o STF reconheceu a existência da união estável homoafetiva como entidade familiar, conferindo-lhe as mesmas consequências da união estável entre homem e mulher, não faria sentido obstar a conversão da união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, sob o argumento da omissão legislativa. 3. Recurso provido, na forma do artigo 557, § 1º-A do CPC. (TJ-RJ - APL: 04644055520128190001 RJ 0464405-55.2012.8.19.0001, Relator: DES. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JUNIOR, Data de Julgamento: 14/02/2014, DÉCIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 20/02/2014 00:00)

Nessa mesma senda, o STF passou a reconhecer outros direitos advindos da união homoafetiva, dentre as quais a adoção, abrindo precedentes para todo o país e representando um avanço e uma conquista.





Em outra linha, é válido ressaltar que daí surgem efeitos pessoais, entendidos como o dever de lealdade, respeito mútuo, assistência, guarda, educação e sustento dos filhos. Além dos efeitos de cunho patrimonial, refletindo sobre o regime de bens, o direito à herança e a fixação de alimentos ao companheiro em caso de necessidade.

5. O CARTÓRIO E O CASAMENTO HOMOAFETIVO

A fim de consolidar a questão e não permitir qualquer dúvida interpretativa pelos registradores civis no que pertine à conversão da união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, ou mesmo a realização direta do casamento no âmbito de competência das serventias extrajudiciais, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 175/2013, de maneira que os cartórios do país estarão impedidos de recusarem a celebração de casamentos civis ou a conversão em casamento da união estável de casais homoafetivos, sob pena de responsabilidade civil e administrativa da autoridade que denegar o pedido.

Vê-se assim, uma evolução, haja vista que representa a unificação e a consolidação de uma disparidade outrora existente, já que cartórios de alguns estados dispunham-se ao reconhecimento desse tipo de família, enquanto outros não. A medida implica respeito aos ditames e princípios constitucionais.

No entanto, em face de sua independência funcional e do dever de velar pela segurança jurídica e demais princípios registrares, o registrador poderá recusar a realização de qualquer casamento, ou a conversão de união estável em casamento, pela falta de alguns dos requisitos legais obrigatórios. O que não é admissível em nenhuma hipótese é a negativa de realização do ato pelo mero fato do casal ser formado por pessoas do mesmo sexo (Loureiro, 2016).

Os princípios da legalidade e da impessoalidade são regentes de toda a atividade de natureza pública, inclusive da atividade do notário e registrador. Especificamente o princípio da legalidade é a coluna vertebral capaz de sustentar um Estado Democrático de Direito, constituindo uma das principais garantias aos direitos individuais, haja vista determinar e definir os parâmetros da atuação administrativa.

A aplicação do princípio da legalidade aos indivíduos não se confunde com a que é destinada à Administração Pública, pois se o princípio da legalidade permite aos indivíduos a liberdade de realizar tudo o que a lei não proíba, quando o mesmo princípio é empregado na esfera pública, somente deverá ser realizado o que a lei determina.



Em decorrência do que foi exposto, o agente público, em sua atividade administrativa, deverá acatar os paradigmas legais, não podendo atuar contra a lei ou ser omissos no cumprimento da mesma.

Nesse sentido, a atividade notarial e registral de natureza pública conforme já mencionado, o tabelião e registrador, durante a sua atuação profissional, devem nortear-se sempre pelos limites legais que lhes são impostos, e de igual modo precisam realizar todas as determinações legais e constitucionais estabelecidas.

O princípio da impessoalidade é fulcral para a configuração de uma atuação administrativa equânime e justa, pois determina que os fins perseguidos pela Administração Pública sejam de interesse público, jamais podendo ser relacionados unicamente a interesses pessoais.

Em suma, o princípio em comento veda, terminantemente, a existência de discriminações que favoreçam ou prejudiquem a coletividade, não podendo haver direcionamento de benefícios pessoais em detrimento do todo.

Isto posto, qualquer atuação relacionada ao serviço público, que deturpadamente se distancie da determinação legal, no sentido de buscar interesses pessoais exclusivos, será considerada como desvio de finalidade.

Perante o exposto, em decorrência lógica e direta dos princípios da legalidade e da impessoalidade, o notário e registrador no exercício de suas atividades, não podem atuar de forma parcial ou de maneira incongruente com as normas jurídicas que lhes são impostas, sob pena de ficarem sujeitos à punição.

O Direito possui a elevada responsabilidade de garantir que a todos seja assegurado o exercício do direito à liberdade e a igualdade pelo aspecto material, independentemente de opção ideológica, religiosa ou sexual.

Apesar disso, não se pode omitir que ainda perdura um preconceito velado na sociedade brasileira, fazendo com que haja a sobreposição de certos grupos populacionais em detrimento de outros.

O artigo 3º da Constituição Cidadã constitui como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Angher, 2016).

Acompanha o mesmo ideal, o texto expresso do artigo 5º da Constituição Brasileira que elucida que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer



natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Os dispositivos expostos, apenas exemplificam uma parcela das normas e princípios que formam um arcabouço de proteção aos direitos de igualdade e liberdade, que são os principais vetores axiológicos de proteção ao direito à realização do casamento de pessoas do mesmo sexo.

6. CONCLUSÃO

Os dispositivos expostos, apenas exemplificam uma parcela das normas e princípios que formam um arcabouço de proteção aos direitos de igualdade e liberdade, que são os principais vetores axiológicos de proteção ao direito à realização do casamento de pessoas do mesmo sexo.

Viu-se que em relação aos povos antigos, a família seguia uma hierarquização rígida, autoritária e liderada pelos ancestrais mais velhos, possuindo poderes sobre os demais membros da família, que deviam obediência.

A igreja foi grande contribuinte para a manutenção do poder patriarcal, onde o marido ocupava posição de supremacia em relação a mulher e a seus dependentes, que exerciam o papel de codjuvantes nas decisões familiares.

Da mesma forma, o Estado estabeleceu a família como célula primeira da sociedade, adotando por meio do discurso e da Ciência do Direito, um modelo tradicional e patriarcal de família. O casamento prepondera como sendo uma forma de constituição da família, porém vigoram outros modos de formação da entidade familiar.

Diante disso, atualmente não mais espaço para a noção extremamente limitada de casamento como apenas a união entre homem e mulher, pois estaria se contradizendo a realidade cultural e social vivenciada.

O gênero é uma construção cultural e social, sendo que a heterossexualidade compulsória deve ser analisada de maneira crítica, possuindo a homoafetividade o seu lugar de direito.

Necessária a sensibilidade de notar que o sexo passou a ser negativamente contrastado com a moral com base em um discurso religioso extremo, que colocou a reprodução como a causa primordial da família heterossexual.



Ocorre que não pode mais haver a aceitação de quaisquer discursos preconceituosos, que tentem de maneira torpe impedir a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, sob pena de violação aos direitos fundamentais.

De forma a extirpar quaisquer dúvidas em relação a possibilidade do casamento homoafetivo, o Supremo Tribunal Federal decidiu a favor da formação de famílias por pessoas do mesmo sexo, com base nos princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Nessa linha, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 175/2013, de maneira que os cartórios do país não podem impedir a celebração de casamentos civis ou a conversão em casamento da união estável de casais homoafetivos, sob pena de responsabilidade civil e administrativa da autoridade que denegar o pedido.

Destarte, com respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana e na liberdade, tanto a união estável como o casamento homoafetivos são merecedores de toda a proteção legal e aceitação social, pois são frutos de necessidades e relações afetivas humanas e sociais, que não podem ser reprimidas por conta da ignorância ou preconceito.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel.**/ Anne Joyce Angher, organização. – 22. ed. – São Paulo: Rideel, 2016.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo sexo** / Simone de Beauvoir; tradução de Sérgio Milliet. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7ª Ed. Coimbra - Portugal: Livraria Almedina, 2003.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** 14 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

FOUCALT, Michel. **História da sexualidade I: A vontade do saber;** tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988.



HARAWAY, Donna. **Saberes Localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial.** Cadernos Pagu (5), 1995: pp. 7-41.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** São Paulo : Martin Claret. 2003.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática.** 7 ed. rev; atual e ampl. – Salvador: Editora Juspodium, 2016.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Paris: ONU, 1948.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Acórdão do APL 0079881-41.2012.8.19.0021 Relator: DES. JOSE CARLOS MALDONADO DE CARVALHO, Data de Julgamento: 02/07/2013, PRIMEIRA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 31/10/2013. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117415388/apelacao-apl-798814120128190021-rj-0079881-4120128190021>>. Acesso em: 25. set. 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Acórdão APL: 04644055520128190001 RJ 0464405-55.2012.8.19.0001, Relator: DES. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JUNIOR, Data de Julgamento: 14/02/2014, DÉCIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 20/02/2014. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116620170/apelacao-apl-4644055520128190001-rj-0464405-5520128190001>>. Acesso em: 25. set. 2016.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje.** Tradução de gentil Avelino Titton. Petrópolis: Vozes, 2006.

TRANSAMÉRICA. Direção: Duncan Tucker. Focus Filme. EUA, 2005. 103 min.

WILLIAMS, James. **Pós-estruturalismo.** Tradução de Caio Liudvig. Petrópolis: Vozes, 2012.