

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

Patricia Cristina de Oliveira

FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Taubaté – SP

2019

Patricia Cristina de Oliveira

FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Projeto de pesquisa apresentado como exigência parcial para desenvolvimento do Trabalho de Graduação necessário para obtenção do diploma de Bacharel em direito pela Universidade de Taubaté.

Orientador sugerido: Rêmulo Marciano de Souza.

Taubaté - SP

2019

**Ficha catalográfica elaborada pelo
SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas / UNITAU**

O48f Oliveira, Patricia Cristina de
Família homoafetiva / Patricia Cristina de Oliveira -- 2019.
80 f.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2019.

Orientação: Prof. Rêmulo Marciano de Souza, Departamento de
Ciências Jurídicas.

1. Famílias - Brasil. 2. Casais homossexuais - Brasil. 3. Casamento
entre homossexuais - Legislação - Brasil. 4. Casamento entre
homossexuais - Jurisprudência. I. Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 347.6(81)

Elaborada por Felipe Augusto Souza dos Santos Rio Branco - CRB-8/9104

PATRICIA CRISTINA DE OLIVEIRA

FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Projeto de pesquisa apresentado como exigência parcial para desenvolvimento do Trabalho de Graduação necessário para obtenção do diploma de Bacharel em direito pela Universidade de Taubaté.

Orientador sugerido: Rêmulo Marciano de Souza.

Data:_____

Resultado:_____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rêmulo Marciano de Souza

Universidade de Taubaté

Assinatura:_____

Prof. Dr._____

Universidade de Taubaté

Assinatura:_____

DEDICATÓRIA

Aos meus pais que sempre me apoiam, aos meus irmãos que sempre me incentivam, minha avó Eunice que tenho maior orgulho e minha cunhada Gabriela que me ajuda como ninguém me apoiando.

Agradeço a Deus por poder realizar esse sonho de ser Bacharel em Direito.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Rêmulo Marciano de Souza, pela habilidade com que me orientou nesse trabalho.

Ao Excelentíssimo Senhor doutor Juiz de Direito da 2ª Vara da Família e Sucessões de Jacareí Dr. Fernando Henrique Pinto que me disponibilizou anexos dos quais enriqueceram meu trabalho acadêmico.

Agradeço a todos os professores que ao longo dessa trajetória me ensinaram e compartilharam um pouco do seu amplo conhecimento.

RESUMO

O presente trabalho refere-se as constantes transformações da sociedade e as conquistas que a família homoafetiva adquiriu até o presente momento. As conquistas sucessórias do casamento em seu ordenamento jurídico entre eles a aceitação do Supremo Tribunal Federal (STF) e o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) em 2011 com o primeiro casamento realizado em Jacareí e a Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a analogia dos juízes e desembargadores, os princípios Constitucionais adquiridos na Constituição Federal de 1988 e sua analogias modificando o conceito de Direito de Família para o Direito das Famílias e dando plena comunhão de vida as pessoas através do afeto. Os Marcos no decorrer dos anos como a Desembargadora aposentada e doutrinadora Maria Berenice Dias em ser a primeira a apoiar as diversidade do casamento. Vários doutrinadores renomados são citados no texto dando credibilidade ao conteúdo ao qual certamente irá fazer com que cada um reflita e perceba que essas conquistas foram modificadas aos poucos ao longo dos anos e que o princípio da igualdade e da Dignidade da vida humana previsto na Constituição garante uma maior eficácia no ordenamento jurídico e na sociedade atual.

Palavra-chave: STF. STJ. CF. CNJ.

ABSTRACT

The present work refers to the constant transformations of society and the achievements that the homosexual family has acquired until the present moment. The successive achievements of marriage in its legal system, including the acceptance of the Supreme Federal Court (STF) and the Supreme Court (STJ) in 2011 with the first marriage held in Jacarei and the Resolution of the National Council of Justice (CNJ), the analogy of judges and judges, the constitutional principles acquired in the Federal Constitution of 1988 and their analogies modifying the concept of Family Law to Family Law and giving people full communion of life through affection. Mark over the years as retired Judge Maria Berenice Dias to be the first to support the diversity of marriage. Several renowned doctrineers are cited in the text giving credence to the content that will surely make each one reflect and realize that these achievements have been gradually modified over the years and that the principle of equality and dignity of human life laid down in the Constitution guarantees greater effectiveness in the legal system and in today's society.

Keyword: STF. STJ. CF. CNJ.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2. A HOMOSSEXUALIDADE	9
2.1 Mudanças do Código Civil de 1916 Para o Código Civil 2002, Conforme a Constituição 1988	12
2.2 Reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal e suas jurisprudências.....	15
3 CASAMENTO: CONCEITO DE CASAMENTO E ESPÉCIES DE CASAMENTO .	20
3.1 Conquistas, resoluções de leis complementares, decretos entre outros, fortalecendo o direito e deveres de todo indivíduo	26
3.2 Fatos interessantes	38
4. CONCLUSÃO	42
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46
ANEXO I - CASAMENTO REGISTRADO EM JACAREÍ ENTRE MULHERES	49
ANEXO II- CASAMENTO REGISTRADO EM JACAREÍ ENTRE HOMENS	71

1. INTRODUÇÃO

Esse trabalho refere-se a família homoafetiva que através dos anos, essa classe minoritárias conquistou um espaço na sociedade atual.

Essa classe minoritária reflete o amplo avanço no judiciário desde 2011, onde foi seu marco perante ao Estado de São Paulo e ao país.

Embora saibamos que reflexos dos costumes anteriores aos novos tempos ainda prevalecem, abriu um leque de possibilidades de conceitos de afeto, ao outro indivíduo do qual além de surgir a comunhão plena de vida, na família homoafetiva pode também prevalece a comunhão plena de vida, entre outros tipos de família, como por exemplo a família monoparental que seria basicamente a mãe ou pai com sua prole ou qualquer outro parente que por lei tenha tutela jurídica perante ao menor, entretanto essa pessoa deve ser somente ela e o menor, assim caracteriza a família monoparental, onde existe somente uma pessoa responsável pelo menor, perante a autoridade competente, que abrange esse novo conceito entre outras. Deve ser considerado também o tempo do relacionamento entre ambos, sua relação de afeto diário entre os dois, comprovar perante ao órgão competente para que não haja dúvida de seus sentimentos de seu companheirismo perante ao outro companheiro.

O conceito de família estipulado no código de 1916 do Código Civil foi modificado em 2011 no Código civil de 2002, onde o conceito se torna inúmeras possibilidade de família, sendo que o Direito de Família passa a ser chamado no plural atualmente.

A conquista da sociedade atual, com os seus reflexos inerente ao conflito do passado para o futuro, esclarecendo os paradigmas que a sociedade nos impõe os novos conceitos minoritários de família através dos costumes e das leis anteriores, que refletem o modo de como as pessoas agem até os dias atuais, por estarem acostumadas com a forma de agir diariamente os indivíduos mais vividos tem uma maior dificuldade de aceitação das mudanças relacionadas a diversos assuntos entre eles o casamento homoafetivo.

2. A HOMOSSEXUALIDADE

Conceito:

A homossexualidade segundo os doutrinadores: Maria Berenice Dias e Anthony Giddens, é definido tanto pelo comportamento sexual do indivíduo quanto por seus sentimentos e atração em relação a outras pessoas do mesmo sexo biológico que o seu, ou ainda pela sua autoidentificação como homossexual. (GIDDENS,1993, p.25 *apud* DIAS,2014, p.42).

Segundo a ex - desembargadora e jurista Doutora Maria Berenice Dias, em seu livro refere-se que a homossexualidade existe a muitos anos, conforme a afirmativa é atribuída a Goethe: a homossexualidade é tão antiga como a heterossexualidade. Certo que se trata de uma realidade conhecida desde a origens da humanidade. Apesar de na maioria das vezes não ser admitida, nenhuma sociedade jamais ignorou sua presença. (DIAS, 2014, p. 46).

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias cita que na antiguidade o relacionamento homossexuais entre homens tinha presença destacada. Nas grandes civilização antigas - cuja o pensamento definiu a cultura ocidental - a homossexualidade sempre foi amplamente aceita. (DIAS,2014, p.46).

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias alude em seu livro que representava estágio de evolução da sexualidade, das funções definidas para os gêneros e para as classes. (Souza,2011, p.112 *apud* DIAS,2014, p.46).

Os doutrinadores doutor Humberto Rodrigues e doutora Maria Berenice Dias menciona que na Grécia antiga e Roma antiga e também no império Romano, existia como o nome de pederastia (que significava a prática sexual entre um homem e um rapaz mais jovem) (dicionário Houaiss), onde era ocupado como um ritual sagrado. (RODRIGUES,2004, p.36 *apud* DIAS,2014, p.46).

Conforme os doutrinadores doutor Paulo Lotti Vecchiatti e doutora Maria Berenice Dias explica em seus livros que esse relacionamento entre os homens era valorizado o "polo ativo" da relação. Isso porque o machismo, já naquela época, identificava o ato sexual ativo como postura masculina, sendo o "polo passivo" como postura feminina. (VECCHIATTI,2013, p.42 *apud* DIAS,2014, p.47).

Os doutrinadores doutor Paulo Lotti Vecchiatti e doutora Maria Berenice Dias alega que 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 intimamente ligada à dominação. Assim, era-lhes permitido apenas o amor por jovens escravos. (VECCHIATTI,2013, p.45 *apud* DIAS,2014, p.49).

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias cita que a classe superior assumia a postura ativa no relacionamento e a classe inferior a postura passiva, abrangia tanto a Babilônia e a China, mas nunca houve relatos entre mulheres naquela época. (DIAS, 2014, p.49).

Os doutrinadores doutor Anibal Guimarães e a doutrinadora Maria Berenice Dias relata que o surgimento do Cristianismo as coisas mudaram. A influência greco-romana se dissipou e o mito Sodoma e Gomorra ganhou espaço, especialmente nas religiões judaico-cristãs, para se tornar um dos principais argumentos daqueles que são contrários às práticas homossexuais. (GUIMARÃES,2011, p.31 *apud* DIAS,2014, p.50).

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias transcreve em seu livro que na idade média era considerado união heterossexual sagrada o ato sexual entre homens e mulheres com as bênçãos do casamento, perante a igreja a virgindade era cultivada pela mulher até o sacramento do matrimônio, entretanto o ato mais presente de homossexuais estava dentro de mosteiros e nos acampamentos militares, a igreja por meio da Santa Inquisição, a maior perseguidora dos homossexuais. (Brandão,2002, p.35 *apud* DIAS,2014, p.50).

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias refere-se em seu livro que o primeiro Código Ocidental prescreveu a pena de morte à sua prática para os homossexuais através do III Concílio de Latrão, de 1179, sendo a época mais severa contra os homossexuais. (DIAS,2014, p.50).

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias relata que a igreja Católica não considera as relações entre as pessoas do mesmo sexo um ato de Deus, preservando a concepção do início do mundo com Adão e Eva: a essência da vida é o homem, a mulher e sua família. (DIAS,2014, p.51).

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias escreve que no Brasil, até a Proclamação da República o cristianismo era e religião oficial. Tendo a influência social mais forte do que as demais religiões, sendo aceitável a relação entre os heterossexuais e inaceitáveis entre os homossexuais, como condutas imorais e inaceitáveis. (DIAS,2014, p.52).

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias transcreve que a doutrina Católica só aprova as relações heterossexuais dentro do matrimônio, sendo o contrato restrito ao casamento e exclusivamente para fins procriativos. (DIAS,2014, p.52).

Conforme os doutrinadores doutor Roberto Arrida Lorea e a doutrinadora Maria Berenice Dias a constituição atual prevê a liberdade de escolha de religião e não podendo o Estado impor qualquer religiosidade ou ausência dela é violação da liberdade. (LOREA,2011, p.37 DIAS,2014, p.52).

A doutrinadora doutora Maria Berenice dias cita que as religiões como: as evangélicas, católica, protestantes e adeptos de outras crenças e credos. (Dias, 2014, p.53).

Enfim, todas as pessoas, a doutrinadora doutora Maria Berenice Dias relata que querem somente o direito de ser felizes. Não é admissível que a convicções de origem religiosa possam inibir a busca de soluções dentro do sistema jurídico. (DIAS,2014, p.53).

Os doutrinadores doutor José Luiz Ragazzi, doutor Sérgio Luiz José Bueno e a doutora Maria Berenice Dias mencionam que o direito Homoafetivo, talvez mais do que quer outro movimento jurídico tendente a desatar desigualdades, a luta pela efetivação será difícil, pois o preconceito e a intolerância encontram forte enraizamento de cunho religioso e moral. Ainda que está máscara não reflita o que de melhor contenham a religião e a moral, inegável que é a veste da maioria. (RAGAZZI, 2013.p.118 *Apud* DIAS,2014, p.53).

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias cita que a partir do século XX, especialmente no mundo ocidental, começou a fazer maior intolerância com a diversidade sexual, reflexo da proliferação de normas de proteção dos direito humanos. No mundo pós-moderno, em nome do respeito à diferença, foi construído um conceito plural de família. Daí Direito das Famílias. (DIAS,2014, p.54).

A doutrinadora Maria Berenice Dias refere-se que os costumes estão fazendo que a sociedade seja menos homofóbica, aderindo mais essa classe minoritária da qual está conseguindo seu espaço na sociedade como fundamental o direito à felicidade. Não pode o Estado deixar de cumprir sua real finalidade: fazer com que a família exerça o seu papel de garantir a cada um de seus membros o direito de ser feliz. Um Estado que não garanta tal promessa a todos, deixa de cumprir com sua obrigação ética. Afinal, é de todos o compromisso de respeitar a identidade de cada um. (DIAS,2014, p.54).

Em seu livro a doutrinadora doutora Maria Berenice Dias diz que o casamento gay sempre houve a rejeição construída historicamente como uma ameaça ao status "a quo" perante a sociedade. Causando temores com a sobrevivência da instituição em seu papel de proteger a ordem social. (DIAS,2014, p.37).

Conclusão: A Homoafetividade existe desde a antiguidade até os dias atuais, está inserida na sociedade tendo como reflexos seus preceitos e suas conquistas sendo discriminada pelas religiões, prevista na Constituição Federal de 1988, na qual atualmente deve ser aceita sem qualquer discriminação, respeitando a felicidade de cada indivíduo, baseado no direito erga omnes, a felicidade, independente da religião deve ser respeitada.

2.1 Mudanças do Código Civil de 1916 para o Código Civil 2002, Conforme a Constituição 1988

O doutrinador Gediel Candido de Araújo Junior cita que sob a égide do Código Civil de 1916, o casamento trazia diferentes direitos e obrigações para os cônjuges. O homem era o chefe da sociedade conjugal, o representante legal e provedor da família (art.233/1916), enquanto a mulher era apenas a sua colaboradora (art.1565 e 1567, CC). (ARAÚJO JUNIOR,2017, p.8).

O doutrinador doutor Gediel Claudino de Araújo relata o Código Civil de 1916 regia apenas a família constituída através do casamento, entre o homem e a mulher, conhecida como a família tradicional, sendo esta considerada indissolúvel, os filhos que havia fora dessa relação era considerado como filhos ilegítimos por não serem

desse relacionamento, não era aceitável qualquer união que viesse a ter fora do casamento. (ARAÚJO JUNIOR,2017, p.8).

Como podemos observar esse conceito foi antes da modificação feita pelo Supremo Tribunal Federal em 2011.

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias cita que a Constituição Federal de 1988 trouxe várias modificações entre elas adquirindo direitos de promover o bem de todos, sem preconceito de sexo. (BRASIL,1988 *apud* DIAS,2014, p.85).

Previsto na Constituição Federal (CF) em seus artigos 3º,226§3º dando direitos. (BRASIL,1988).

Em seu livro os doutrinadores doutor Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva cita que foi proferida no dia 05 de maio de 2011 o acórdão que julgou procedente a ADIN Ação Direita de Inconstitucionalidade n.4277 e a Ação direta de Inconstitucionalidade 132, nas quais era debatida a interpretação do art.1723 CC conforme a CF, passou a ser aplicada as uniões estáveis ou homoafetivas. (MONTEIRO; SILVA, 2016, p. 69).

A primeiro certidão do casamento homoafetivo foi realizado em Jacareí -SP, no ano de 2011. Desde então foram conquistados direitos para o gênero.

Sendo a Constituição Federal 1988 a soberana das demais leis, qualquer lei, decreto e normas que infringir está se tornando inconstitucional e não sendo valida, as demais leis infraconstitucionais devem ser vedada, em seu art.1º.(Brasil,1988).

A doutrinadora Maria Berenice Dias afirma que todas essas transformações ensejam a mudança do próprio nome. Para significar o seu atual formato, ao invés de Direito de Família passou-se a falar em Direito das Famílias. (DIAS,2013, p.28 *apud* DIAS,2014, p.106).

Como afirma a doutrinadora doutora Elizabeth Roudinesco, a família é amada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições. (ROUDINESCO,2003, p.198 *apud* DIAS,2014, p.106).

A doutrinadora Maria Berenice Dias alega que antes dessa conquista na qual o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), julgou procedentes e reconhecendo a vara da família como competente para julgar, foi

arquivado inúmeros processos por indeferimento da petição inicial, por inépcia, extinção do processo sem resolução de mérito, alegando falta de legitimidade jurídica para dar andamento da ação, assim extinguindo o processo, alegava falta de previsão legal para o reconhecimento da união estável pleiteada. (DIAS,2017, páginas 182 - 183)

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias menciona em seu livro que as família homoafetivas foram conhecidas como sociedade de fato sociedade formada qualquer registro e capital, cujo o capital era constituído durante a convivência e esforço em comum para a aquisição de patrimônio. Quando adquirem bens a título oneroso ou gratuito, sendo também a comunhão de interesses. (DIAS,2017, p.186)

A doutrinadora e desembargadora aposentada doutora Maria Berenice Dias cita que um dos impedimentos do processo era o conflito de competência que gerava entre as Varas Cíveis ou Varas da Família e a diversidade do sexo entre homens e mulheres pelo Código civil e a regulamentação da união estável, associando por analogia através da justiça Gaúcha, como entidade familiar, mantendo uma relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem. Antes dessa conquista na qual o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), julgou procedentes e reconhecendo a vara da família como competente para julgar, foi arquivado inúmeros processos por indeferimento da petição inicial, por inépcia, extinção do processo sem resolução de mérito, alegando falta de legitimidade jurídica para dar andamento da ação, assim extinguindo o processo, alegava falta de previsão legal para o reconhecimento da união estável pleiteada. (DIAS,2017, páginas 182 e 183)

Conclusão: No decorrer dos anos verificamos várias modificações tanto prevista na lei através da Constituição Federal de 1988, e perante a sociedade, observamos a valorização da mulher, da homossexualidade, o direito da liberdade de escolha, de afeto para constituir uma nova família através do afeto entre as pessoas, não sendo padrão somente um tipo de família, como a religiosa que no ano de 1916 era regrado pela sociedade através do Código Civil vigente naquela época, não sendo o único meio de constituir uma família, ocorrendo a mudança do nome de Direito de Família para Direitos das Famílias, ampliando qualquer família que venha a ser constituída inclusive no caso da família homoafetiva.

2.2 Reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal e suas jurisprudências

Os doutrinador doutor Washington de Barros Monteiro e doutora Regina Beatriz Tavares da Silva, menciona que proferido dia 05 de maio de 2011 o acórdão que julgou procedente a ADIN Ação Direta de Inconstitucionalidade n.4277 e a Ação direta de Inconstitucionalidade 132, nas quais era debatida a interpretação do art.1723 CC conforme a Constituição Federal 1988, passou a ser aplicada as uniões estáveis ou homoafetivas. (MONTEIRO; SILVA, 2016, p. 69).

Tanto o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), quanto ao Supremo Tribunal Federal (STF), concedem os direitos aos pares homoafetivo, os direitos decorrentes a união estável deve ser utilizado para lhe proporcionar a via do casamento civil, ademais porque a Constituição Federal determina a facilitação da conversão da união Estável em casamento art. 226, §3 (BRASIL.1988).

Logo ao prosseguir julgamento, a Turma por maioria, deu provimento ao recurso para afastar o óbice relativo à igualdade de sexos e determinou o prosseguimento do processo de habilitação do casamento, salvo se, por outro motivo, as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio. (STJ, REsp 1.183.378/RS, Rel. Luiz Tomimatsu da Decisão: Chamadas, para julgamento em conjunto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, após o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), que julgava parcialmente prejudicada a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), recebendo o pedido residual como ação direta de inconstitucionalidade, e procedentes ambas as ações, foi o julgamento suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falaram, pela requerente da ADI 4.277, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pelo requerente da ADPF 132, o Professor Luís Roberto Barroso; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams; pelos amici curiae Conectas Direitos Humanos; Instituto Brasileiro de Direito de Família -IBDFAM; Grupo Arco-íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais -ABGLT; Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais - GEDI-UFMG e Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais

e Transgênicos do Estado de Minas Gerais - Centro de Referência GLBTTT; ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB e a Associação Eduardo Banks, falaram, respectivamente, o Professor Oscar Vilhena; a Dra. Maria Berenice Dias; o Dr. Thiago Bottino do Amaral; o Dr. Roberto Augusto Lopes Gonçalves; o Dr. Diego Valadares Vasconcelos Neto; o Dr. Eduardo Mendonça; o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; o Dr. Hugo José Sarubbi Cysneiros de Oliveira e o Dr. Ralph Anzolin Lichote. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 04.05.2011. Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal conheceu da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Em seguida, o Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 05.05.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux. Felipe Salomão, j. 25.10.2011 (TARTUCE,2018, p.48).

O doutrinador doutor Gadiel Claudino de Araújo Junior relata que se percebe diante deste quadro é que a sociedade ainda está aprendendo a conciliar as tendências modernas, que inclui, entre outros fatores, igualdade entre os sexos, maior liberdade sexual, uniões homoafetivas, menor influência da igreja com o espírito histórico e natural que envolve a união matrimonial. (ARAUJO JUNIOR,2017, p. 4).

Os doutrinadores Washington de Barros Monteiro e doutrina Regina Beatriz Tavares da Silva o casamento surgiu em Roma usada na classe dominante (a nobreza, a aristocracia, os patrícios), consistia em uma cerimônia religiosa em que um pão de trigo era ofertado aos deuses, advindo daí o costume moderno do bolo de noiva (MONTEIRO; SILVA, 2016, p.65).

O doutrinador doutor Gadiel Claudino de Araújo Junior refere-se que no Brasil, país predominante católico, prevaleceu o casamento religioso até o ano de 1861, quando ingressaram imigrantes no país no qual diversificou as religiões, surgindo a lei regulamentando o casamento não católicos (ARAUJO JUNIOR, 2017, p.6).

O doutrinador doutor Gadiel Claudino de Araújo Junior transcreve que somente com o decreto de 181 de 1890, o casamento civil obrigatório, que foi consolidado pelo Código Civil de 1916 e mantido no atual Código que no seu art. 1.512, declara que "o casamento é civil e gratuita a sua celebração". (ARAUJO JUNIOR, 2017, p.7).

Art. 1.512 O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei. (BRASIL,2002)

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias cita que antigamente considerava a família sendo única entidade familiar constituída através do casamento, sendo a primeira categoria e a segunda família seria constituída pela união estável hierarquizando os dois institutos. (DIAS,2014. p.195)

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias relata em seu livro que o primeiro casamento realizado com a certidão de casamento homoafetivo aconteceu em Jacareí em 2011. O senhor José Sérgio Sousa Moresi e Luiz André Sousa Moresi entraram para a história do país. Eles formam o primeiro casal homoafetivo oficialmente reconhecido no país. Depois de confirmarem uma união estável em maio deste mesmo ano, os dois conseguiram na justiça o direito de se casar com registro em cartório. A conversão de união estável em casamento civil foi registrada na segunda-feira (27), autorizada pelo juiz Fernando Henrique Pinto, da 2ª Vara da Família e das Sucessões de Jacareí, no Vale do Paraíba. De acordo com a decisão, o juiz baseou-se em uma resolução histórica do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), destinada a promover a igualdade dos seres humanos, sem distinção de orientação sexual, aprovada em 17 de junho de 2011, e em uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que equiparou a união estável homossexual à heterossexual e na igualdade de direitos entre todos os seres humanos. (DIAS,2014. p.196)

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias relata que com isso os homossexuais passaram a casar via conversão da união estável, não havia como

negar-lhes acesso ao casamento direto. Isto porque, para a escritura pública de união estável nada é exigido. (DIAS,2014. p.196)

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias menciona que o casamento só acontece por meio de intervenção estatal. Os noivos devem comparecer no Cartório de Registro civil e estar capacitado legalmente, ou seja, sem qualquer impedimento da lei, a intervenção do Estado é meramente declaratória da vontade manifestada pelo casal, querendo a condição de casados e os direitos e deveres impostos pela lei. (DIAS,2014. p.227)

Art. 1.535 CC/2002. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados."(BRASIL,2002)

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias alega que as palavras que sacralizam o casamento não podem ser mais convencionais. Quando se trata de casamento homoafetivo às claras que o celebrante não pode usar a expressão marido e mulher, como já ocorreu em mais uma oportunidade, deixando todos muito constrangidos. Basta dizer: De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes em casamento, eu, em nome da lei, vos declaro casados. (DIAS,2014. p.228)

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias refere-se que o casamento é praticamente um contrato de adesão. A liberdade dos noivos diz com questões de ordem patrimonial. Porém a liberdade não é absoluta, quando não optam por um regime específico impõe o regime de separação de bens, sendo o regime de comunhão parcial. Para alterar o regime de bens deve propor uma ação judicial e justificar o pedido. (DIAS,2014. p.228)

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias menciona que através da analogia da Lei dos Registros Públicos não há como negar a quaisquer dos conviventes a adoção do sobrenome do outro. (DIAS,2014. p.230)

Conclusão: Aprovado no Supremo Tribunal Federal (STF) dia 05 de maio de 2011, atualmente completando 8 anos de sua eficácia no ramo jurídico e prevalecendo o direito erga omnes (para todos), a dignidade da vida humana e sua afetividade com

outro indivíduo, fortalecendo os direitos e deveres perante a constituição, concretizados pela primeira certidão de casamento homoafetivo em 17 de junho de 2011, em Jacareí – São Paulo na 2ª Vara da Família e das Sucessões realizada pelo juiz Fernando Henrique Pinto. Transformando a União Estável em casamento previsto no CF/88 e também na CC/02. Modificando a nomenclatura de Direito de Família para Direito das Famílias, onde o ordenamento jurídico aceita novas formas de famílias existente na sociedade dando igualdade de direitos e deveres (Inter partes) pela comunhão plena de vida.

3.CASAMENTO: CONCEITO DE CASAMENTO E ESPÉCIES DE CASAMENTO

Conceito:

Segundo a ex- Desembargadora e doutrinadora Doutora Maria Berenice Dias o conceito de família é "O casamento é um vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família" (DINIZ,2005, p.39 *apud* TARTUCE, 2018, p.47).

Segundo o doutrinador doutor Gadiel Claudino de Araújo Junior Diante dessas enormes transformações, faz-se necessário a revisão do conceito de casamento. Sendo assim, considerando a nossa nova realidade social e as disposições do Código Civil sobre o tema (art.1.565), pode-se conceituar casamento como a "união legal de duas pessoa, com o propósito de estabelecer comunhão plena de vida, assumindo mutuamente os cônjuges na qualidade de consortes e companheiros, com base na igualdade de direitos e deveres. (ARAUJO JÚNIOR,2017, p. 19).

Art. 1.565 Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. (BRASIL, 2002).

Previsto no Código Civil 2002, o direito de família em seus artigos 1511 e seguintes.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves refere-se as espécies de casamentos sendo putativo, nuncupativo, religioso com efeitos civis, consular e por procuração, desde que os presentes elementos essenciais e observados todos os requisitos legais, constituem formas válidas de uniões conjugais regulamentadas na lei.

Em seu livro o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves cita que o casamento religioso deve ter o processo de habilitação mais a celebração (art. 1525 até 1532); dentro desse requisitos deve verificar a capacidade das partes (art.1517 CC), se existe algum impedimentos entre elas (art.1521CC) ou causas suspensivas que podem anular ou serem nulas tendo um vício na sua eficácia (art. 1523CC) e oposição (art. 1522 CC), essas espécies de casamento se dividem em: 1º casamento valido ou invalido art.1548, conforme o casamento pode ser de ato nulo, somente impedido ou ato anulável quando gera um vício;

Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos:

I - certidão de nascimento ou documento equivalente;

II - autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra;

III - declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar;

IV - declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;

V - certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio. (BRASIL,2002)

Art. 1.526. A habilitação será feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil, com a audiência do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 12.133, de 2009) Vigência

Parágrafo único. Caso haja impugnação do oficial, do Ministério Público ou de terceiros, a habilitação será submetida ao juiz. (Incluído pela Lei nº 12.133, de 2009) Vigência (BRASIL,2002)

Art. 1.527. Estando em ordem a documentação, o oficial extrairá o edital, que se afixará durante quinze dias nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes, e, obrigatoriamente, se publicará na imprensa local, se houver.

Parágrafo único. A autoridade competente, havendo urgência, poderá dispensar a publicação. (BRASIL,2002)

Art. 1.528. É dever do oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens. (BRASIL,2002)

Art. 1.529. Tanto os impedimentos quanto as causas suspensivas serão opostos em declaração escrita e assinada, instruída com as provas do fato alegado, ou com a indicação do lugar onde possam ser obtidas. (BRASIL,2002)

Art. 1.530. O oficial do registro dará aos nubentes ou a seus representantes nota da oposição, indicando os fundamentos, as provas e o nome de quem a ofereceu.

Parágrafo único. Podem os nubentes requerer prazo razoável para fazer prova contrária aos fatos alegados, e promover as ações civis e criminais contra o oponente de má-fé. (BRASIL,2002)

Art. 1.531. Cumpridas as formalidades dos arts. 1.526 e 1.527 e verificada a inexistência de fato obstativo, o oficial do registro extrairá o certificado de habilitação. (BRASIL,2002)

Art. 1.532. A eficácia da habilitação será de noventa dias, a contar da data em que foi extraído o certificado. (BRASIL,2002)

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631. (BRASIL,2002)

Art. 1.518. Até a celebração do casamento podem os pais ou tutores revogar a autorização. (BRASIL,2002)

Art. 1.519. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz. (BRASIL,2002)

Art. 1.520. Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 (BRASIL,2002)

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. (BRASIL,2002)

Art. 1.522. Os impedimentos podem ser opostos, até o momento da celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz.

Parágrafo único. Se o juiz, ou o oficial de registro, tiver conhecimento da existência de algum impedimento, será obrigado a declará-lo. (BRASIL,2002)

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa

tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo. (BRASIL,2002)

O casamento putativo art.1561 CC; em tese o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves afirma que o casamento putativo, embora nulo ou anulável, produz efeitos de casamento válido para o cônjuge de boa-fé e, nos casos de casamento inválido. Quando um dos lados age de boa-fé pensando que realmente está dentro da lei entretanto o outro age de má-fé. (GONÇALVES, 2017, p. 152-153).

Art. 1.561. CC/2002 Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão. (BRASIL,2002)

O doutrinador doutor Carlos Roberto Gonçalves escreve que a palavra putativo vem do latim putare, que significa reputar ou estar convencido da verdade de um fato, o que se presume ser, mas não é, ou ainda o que é imaginário, fictício, irreal. (GONÇALVES,2017, páginas 152 -155)

O doutrinador doutor Carlos Roberto Gonçalves menciona em seu livro que casamento Nuncupativo art. 1540 CC; Trata-se do casamento in extremis vitae momentis, nuncupativo (de viva voz) ou in articulo mortis. Em razão da extrema urgência, quando não for possível obter a presença do juiz ou de seus suplentes, e ainda do oficial, os contraentes poderão celebrar o casamento "na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau" (CC, art.1.540). (GONÇALVES,2017, p.165)

Precisa ter 6 testemunhas sendo que o processo de habilitação não precisa, por ser a última vontade de uma das partes que está falecendo, as testemunhas precisam procurar o cartório para registrar a última vontade do morto.

Art. 1.540 CC/02 Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu

substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau. (BRASIL,2002)

O doutrinador doutor Carlos Roberto Gonçalves cita que o casamento em caso de moléstia grave art.1539 CC; pressupõe-se que já estejam satisfeitas as formalidades preliminares do casamento e o oficial do registro civil tenha expedido o certificado de habilitação ao casamento, mas a gravidade do estado de saúde de um dos nubentes o impede de locomover-se e de adiar a cerimônia. Neste caso, o juiz irá celebrá-lo na casa dele ou "onde se encontrar" (no hospital, por exemplo), em companhia do oficial, "ainda que à noite, perante duas testemunhas que saibam ler e escrever". Só em havendo urgência é que o casamento será realizado à noite. (GONÇALVES,2017, p. 164)

O doutrinador doutor Carlos Roberto Gonçalves relata que a regra do art. 1539 do Código Civil só se aplica em hipóteses nas quais se caracterize moléstia grave, que efetivamente impossibilite o nubente, em lugar diverso daquele em que se encontra, não sendo aconselhável a sua locomoção. Moléstia grave deve ser reputada aquela que pode acarretar a morte do nubente em breve tempo, embora o desenlace não seja iminente, e cuja remoção o desenlace não seja iminente, e cuja remoção o sujeita a riscos. Uma das partes está com uma doença terminal à beira da morte, esse tem o processo de habilitação e precisa de 2 testemunhas que saibam ler e escrever. (GONÇALVES,2017, p.164)

Art. 1.539 No caso de moléstia grave de um dos nubentes, o presidente do ato irá celebrá-lo onde se encontrar o impedido, sendo urgente, ainda que à noite, perante duas testemunhas que saibam ler e escrever.

§ 1º A falta ou impedimento da autoridade competente para presidir o casamento suprir-se-á por qualquer dos seus substitutos legais, e a do oficial do Registro Civil por outro ad hoc, nomeado pelo presidente do ato.

§ 2º O termo avulso, lavrado pelo oficial ad hoc, será registrado no respectivo registro dentro em cinco dias, perante duas testemunhas, ficando arquivado (BRASIL,2002)

O casamento por Procuração art. 1542; Segundo o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves o casamento pode ser celebrado "mediante procuração, por instrumento público", que outorgue "poderes especiais" ao mandatário para receber, e, nome do outorgante, o outro contraente (CC, art. 1542), que deve ser nomeado e qualificado. A procuração pode ser outorgada tanto a homem como a mulher para representar qualquer um dos nubentes. (GONÇALVES,2017, p. 132)

O doutrinador doutor Carlos Roberto Gonçalves refere-se em seu livro que aquele que através de alguém responsável assine pelo indivíduo sendo transmitido por vídeo conferencia por vídeo conferencia por exemplo o estrangeiro que casa com uma brasileira. GONÇALVES,2017, p.132)

O doutrinador doutor Carlos Roberto Gonçalves menciona que no Brasil, como foi dito, a representação é permitida, sujeitando-se os nubentes ao formalismo especial exigido no mencionado art.1542 do Código Civil: outorga, por instrumento público, de poderes especiais ao mandatário para receber em nome do mandante, o outro contraente, com a individuação precisa. Não constitui requisito essencial do instrumento a menção ao regime de bens do casamento, embora possa ser feita, facultativamente. No seu silêncio, prevalecerá o da comunhão parcial, salvo se for obrigatório, na espécie, o da separação. A permissão se justifica plenamente, quando, inadiável o casamento ou inconveniente o seu retardamento, não seja possível a presença simultânea dos nubentes perante a autoridade que irá celebrar o ato. Por esse meio facilita-se o matrimônio quando, por exemplo, um dos nubentes reside em localidade diversa do outro e não pode deslocar-se, ou quando um deles se encontra no estrangeiro em trabalho, estudo ou missão que não podem ser interrompidos. GONÇALVES,2017, páginas 132 a 135)

Art. 1.542. O casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais.

§ 1º A revogação do mandato não necessita chegar ao conhecimento do mandatário; mas, celebrado o casamento sem que o mandatário ou o outro contraente tivessem ciência da revogação, responderá o mandante por perdas e danos.

§ 2º O nubente que não estiver em iminente risco de vida poderá fazer-se representar no casamento nuncupativo.

§ 3º A eficácia do mandato não ultrapassará noventa dias.

§ 4º Só por instrumento público se poderá revogar o mandato. (BRASIL,2002)

Casamento Religioso com efeito civil art. 1515 e 1516 de acordo com o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves ocorre o casamento religioso com efeitos civis, em que o registro no livro próprio é condição de sua eficácia, devendo ser realizado ofício competente. Efetuado o registro nas condições exigidas no art.1516 do Código Civil, reputar-se-ão os cônjuges casados desde a data da celebração (CC, art.1515) (GONÇALVES,2017, p.130)

Art. 1.515.CC/2002 O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

Art. 1.516. CC/2002 O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

Casamento religioso é feito após os tramites da habilitação dentro do prazo de 90 dias, sendo que o processo de habilitação demora 180 dias.

Conclusão: Existem várias espécies de casamentos na qual deve-se observar qual a mais adequada para o momento de sua eficácia, e sempre observando os requisitos para não ocorrer um vício jurídico, ou qualquer impedimento ou suspeição prevista no código civil de 2002, sendo nulo ou anulado e sim prevalecendo sua eficácia e sua boa-fé. A habilitação será feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil, com a audiência do Ministério Público se for impugnada perante o juiz competente.

3.1 Conquistas, resoluções de leis complementares, decretos entre outros, fortalecendo o direito e deveres de todo indivíduo

Segundo a desembargadora aposentada e doutrinadora doutora Maria Berenice Dias o Supremo Tribunal Federal (STF) por unanimidade reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar assegurando os mesmos e iguais direitos e deveres da união estável heterossexual, tendo sua eficácia vinculante e não podendo negar direitos aos casais do mesmo sexo. (DIAS,2017, p.102)

Os doutrinadores Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros e a desembargadora aposentada e doutrinadora doutora Maria Berenice Dias refere-se a mudança que ocorreu quando foi reconhecido que a união homoafetiva é entidade familiar, forma de

convívio que goza da proteção constitucional negar tal reconhecimento é negar que a família deve ser regularmente de maneira coerente como o princípio da liberdade. (MEDEIROS,2014 *apud* DIAS,2017, p.189)

Segundo os doutrinadores doutor Jorge Luiz Medeiros e doutora Maria Berenice Dias é preciso garantir o exercício da autonomia privada (garantia dos direitos individuais) e de autonomia pública (respeito como sujeitos iguais na atuação pública, sem redução de status jurídico de nenhuma espécie por conta de suas diferenças): de liberdade (na escolha da forma de proteção jurídica ao seu afeto) e igualdade (acesso às mesmas proteções que um casal homossexual dispõe), exercitando o constitucional princípio da dignidade da pessoa humana. (MEDEIROS,2008 *apud* DIAS,2017, p.197)

Em seu livro a doutrinadora doutora Maria Berenice Dias escreve que todos esses avanços precisam ser inseridos na Constituição Federal, dando-se nova redação ao art.226§1º, para explicar a possibilidade do casamento civil entre duas pessoas, independente da orientação sexual. (DIAS,2017, p.167)

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias transcreve que também substitui a equivocada referência a homem e mulher constante do §3º do mesmo artigo 226 para acabar com a resistência de alguns em admitir a união estável entre duas pessoas como entidade familiar. (DIAS,2017, p.167)

O doutrinador doutor Gidiel Claudino de Araújo Junior cita que além dos limites legais (arts. 3º, IV, e 226, §3º, CF; art.1723, CC), conforme interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) – decisão citada - podemos conceituar "união estável" como uma união fática de duas pessoas não impedidas de se casar, seja de um homem e de uma mulher, de um homem com outro homem, seja de uma mulher com outra mulher, com o propósito de estabelecer comunhão plena de vida, assumindo publicamente e mutuamente os companheiros a qualidade de consortes, com base na igualdade de direitos e deveres. (ARAUJO JUNIOR, 2017, p.63)

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias cita que a Constituição Federal de 1988, outorga especial proteção familiar, não se referindo ao sexo entre seus integrantes e ao casamento reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar. (DIAS,2017, p.39)

Segundo a legislação vigente, e o doutrinador doutor Gediel Claudino de Araújo Junior que a "união estável", com direito à proteção do Estado, deve envolver pessoas não impedidas, segundo o art. 1521 do CC, de casar, salvo nos casos de pessoas casadas, quando estas se encontrarem separadas de fato ou judicialmente. (ARAUJO JUNIOR, 2017, p.63)

O doutrinadora doutora Maria Berenice Dias em seu livro menciona que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou uma Resolução, dispondo sobre a habilitação, celebração do casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo, reiterando a necessidade de disciplina normativa. A versão atualizada foi apresentada pela senadora Lídice da Mata, em 12.11.2013,0 e tramita no Senado sob o número PLS 470/2013 (DIAS,2017, p.101)

Segundo a doutrinadora doutora Maria Berenice Dias a doutrina além de proibir qualquer autoridade pública de negar o acesso ao casamento, a união estável e sua transformação em casamento. (DIAS,2017, p.102)

Foi criada um Estatuto da Diversidade destinado aos homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais (LGBTI). (DIAS,2017, páginas168 - 169) entretanto está esperando a aprovação no senado sendo um projeto lei, que não está inserido no nosso ordenamento jurídico atual, mas está em pauta para os senadores possam ler.

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias menciona que a família homoafetiva goza da especial proteção do Estado, como entidade familiar, fazendo jus a todos os direitos assegurados a união heteroafetiva, no âmbito do Direito das Famílias e das Sucessões. (DIAS,2017, p.171)

Alguns doutrinadores entre eles a doutora Maria Berenice Dias reconhecem a existência da união estável como gênero a comportar espécies: uniões heteroafetivas e homoafetivas. Outros admitem a possibilidade de aplicação por analogia, da legislação referente à entidade familiar, contornando assim a referência constitucional que exige a diferenciação do sexo para o reconhecimento da união estável. (DIAS, 2014, p. 39)

Conforme o doutrinador doutor Gediel Claudino de Araújo Junior para que haja a validade do casamento deve preencher os requisitos impostos pelo código civil e

não infringindo qualquer impedimento ou suspeição que possa ocasionar na nulção ou anulação do mesmo. (ARAUJO JUNIOR, 2017, p.63).

O doutrinador doutor Gediel Claudino de Araújo Junior diz que para concretizar esse casamento em união estável exige que seja um relacionamento expostos a sociedade demonstrando o estado de casados, que a união seja continua e duradoura dando de uma qualidade de vida e uma estabilidade essencial para a formação de entidade familiar, contudo o Estado não estipula um prazo mínimo para validar os vínculos afetivos do casal, entretanto doutrinadores através do arrimo revogado art.1º da lei 8.971/94 prevalece o prazo mínimo de 5 (cinco) anos, quando o casal não possui filho comum. (ARAUJO JUNIOR, 2017, p.63)

O doutrinador doutor Gediel Claudino de Araújo Junior como não há prazos a respeito de quando deve ser considerado casamento em união estável, podendo dar prejuízos a outra parte o Relator Antônio Carlos Stangler Pereira, data do julgamento 10-10-2002,8ª Câmara Civil, TJRS, Apelação 70004535258, referindo-se que o prazo não caracteriza a união estável entre os cônjuges ou companheiros, mas sim o vínculo afetivo diários contínuos que os uniam e a dependência de umas com as outras no cotidiano tendo um objetivo de constituir uma família. (ARAUJO JUNIOR, 2017, p.64).

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias em primeiro momento, as uniões foram identificadas como sociedade de fato para posteriormente migrarem para o âmbito do Direito das Famílias, graças ao IBDFAM, Instituto Brasileiro do Direito de Família que enlaçou no conceito de família as uniões homoafetivas, assegurando tutela jurídica quando o Supremo Tribunal Federal a reconheceu como uma entidade familiar, em decisão com eficácia vinculante. (DIAS,2014, p.73)

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias refere-se que o Direito das Famílias instalou uma nova ordem jurídica, atribuindo valor jurídico ao afeto, adquirindo reconhecimento e inserção no sistema jurídico. O princípio da dignidade humana alça a afetividade à condição de princípio jurídico da realização da personalidade dos membros da família como entidade familiar. (DIAS,2014, páginas 131-132)

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias transcreve que foi o CNJ a Impor a obrigação perante a Administração pública, no âmbito Federal, estadual e Municipal

frente ao Poder Judiciário pelo Supremo Tribunal Federal através do efeito vinculante. (DIAS,2014, p.142)

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias cita que ainda assim, inúmeros foram os percalços impostos pela justiça. Fundamentos de toda ordem foram utilizados para, ao fim e ao cabo, impedir que acesso ao casamento, à filiação e a um punhado de outros direitos que são assegurados aos pares heterossexuais. (DIAS,2017, p.177)

Alegando em seu livro a doutrinadora e doutora Maria Berenice Dias que os processos eram passados de um juiz para o outro, cada um alegando a própria incompetência. O fato é que um grande número de magistrados não queria julgar ações envolvendo Direito Homoafetivo. (DIAS,2017, p.177)

Baseado no livro da doutrinadora Maria Berenice Dias antigamente a jurisprudência majoritária se inclinava em reconhecer somente a existência de uma sociedade de fato. Era identificado exclusivamente em vínculo negocial, com o mesmo fim de um contrato de sociedade. (DIAS,2014, p.158)

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias menciona que a Lei Maria da Penha ampliou o conceito de família, pela primeira vez foi consagrado, no âmbito infraconstitucional, a ideia de que a família não é constituída por imposição da lei, mas sim por vontade dos seus próprios membros. A nova definição legal se harmoniza com o conceito de casamento "entre os cônjuges" do art.1511 do CC, não apenas deixando de fazer qualquer alusão à oposição de sexos, mas explicitando que a heterossexualidade não é condição para o casamento, consagrando-o como um direito humano universal e não mais um privilégio heterossexual. (DIAS,2014, p.159)

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias em face dos avanços da jurisprudência, o silencio do legislador afronta o princípio da proibição de retrocesso social, o qual exige que o sistema jurídico acompanhe os avanços e as conquistas que consolidam os princípios constitucionais. (DIAS,2017, p.124)

Mencionando em seu livro a doutrinadora doutora Maria Berenice Dias cita que em face do efeito vinculante e eficácia erga omnes do julgado, inúmeros juízes e tribunais passaram a admitir a conversão das uniões homoafetivas em casamento, que o Supremo Tribunal de Justiça, garantiu acesso ao casamento, mediante habilitação direta no Registro civil. (DIAS,2017, p.167)

Conforme a doutrinadora doutora Maria Berenice Dias a lei limita-se a lei a reger as relações heterossexuais. Mas o silêncio constitucional e a omissão de legislação infraconstitucional não podem relegar a invisibilidade as uniões de pessoas do mesmo sexo. Apesar da ausência de regulamentação em um primeiro momento, para emprestar efeitos jurídicos à união homoafetivo, o juiz invocou a determinação do art.4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e do art. 126 do Código de Processo Civil (CPC)1973, fazendo uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito. Este exercício de interpretação atende também ao art.5º da lei introdução (LINDB), que consagra o princípio da sociedade e impõe ao juiz que atente à pacificação social, ao fim social e ao objetivo de alcançar o bem comum. (DIAS,2014, p.145)

Art. 4º da LINDB Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.
(BRASIL, 1942)

O artigo 126 do CPC de 1973 foi modificado pelo CPC de 2015 no qual prevalece o art.140 ao invés do art.126 como mencionei anteriormente, quando há lacuna ou obscuridade na lei.

Art. 126. CPC de 1973 O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

E modificado pelo CPC de 2015.
(BRASIL,2015)

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Art. 5º LINDB Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. (BRASIL,2015)

Não há dúvida de que na percepção da doutrinadora doutora Maria Berenice Dias a analogia tem o mérito de reconhecer o caráter familiar das uniões homossexuais que satisfazem os pressupostos hoje valorizados pelo Direito das

Famílias e consagrados na Constituição. Deste modo foi possível reconhecer que as uniões homoafetivas são idênticas, ou pelo menos análogas, às uniões de casais de sexos diferentes. Ambas têm a base o amor romântico que visa a uma comunhão plena de vida e interesse, de forma pública contínua e duradoura. (DIAS,2014, p.146)

Os doutrinadores doutor Fábio Ulhoa Coelho e doutora Maria Berenice Dias a analogia é uma atuação positiva do juiz para garantir algum direito a alguém, sem que haja texto normativo que expressamente permita, uma norma jurídica que diga respeito à situação semelhante à do caso em julgamento, pressupõe que a autoridade com competência para disciplinar em termos gerais aquela matéria, quando fosse fazê-lo, tenderia a prestigiar os mesmos valores ou adotar iguais critérios aos que a inspiraram na edição de outra norma para uma situação próxima. Para isso é preciso o preenchimento de certos requisitos o vazio legislativo, mas não é expressamente proibida no texto legal que tenha uma relação de semelhança o afeto, o tempo que moram juntos. (COELHO,2009 Apud DIAS,2014, p.147)

A doutrinadora Maria Berenice Dias menciona que com a mudança provocada pela Justiça, reconhecendo as uniões homoafetivas como uniões estáveis, passou a ser imposto o regime de comunhão parcial de bens sem qualquer indagação (investigar) sobre a colaboração efetiva de cada convivente para sua aquisição. (DIAS,2014, p.190)

Hoje a situação é bem diferente, o doutrinador doutor Gediel de Araújo Junior refere-se em seu livro que foi marcada principalmente pela absoluta igualdade entre os cônjuges. De fato, pelo casamento, os contraentes assumem mutuamente a condições de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família, na proporção de seus bens e dos rendimentos do seu trabalho (art.1568, CC), devendo exercer conjuntamente e em igualdade de condições a direção da sociedade conjugal (arts.1565 e 1567, CC). (ARAUJO JUNIOR, 2017, p.18).

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias quando se nega a reconhecer as uniões homoafetivas, além de afrontar o mais sagrado princípio Constitucional: de respeito à dignidade humana, subtrai direitos de uns e autoriza o enriquecimento injustificado de outros, baseado no patrimônio por exemplo, quando ambos constituíam uma sociedade de fato do qual não prevalecia o afeto e sim o patrimônio. (DIAS,2014. p.38)

SÚMULA 380 STF

Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Segundo a doutrinadora doutora Maria Berenice Dias diante da nova definição legal, não mais se justifica que o amor entre iguais tanto gays como de lésbicas seja banido do âmbito da proteção jurídica. (DIAS,2014. p.161)

O doutrinador doutor Gediel de Araújo Junior deveres dos cônjuges (art.1566, CC): I- fidelidade recíproca; II- vida em comum, no domicílio conjugal; III- mútua assistência; IV- sustento, guarda e educação dos filhos; V- respeito e consideração mútuos. (ARAUJO JUNIOR, 2017, p.18).

Para a desembargadora aposentada e doutrinadora Maria Berenice Dias para conseguir realizar o casamento homoafetivo os primeiros precursores de todos os avanços, provocando que são mesmo indispensáveis à administração da justiça, como reconhece a Constituição Federal. Foram os advogados que ousaram bater às portas do poder Judiciário, buscando o reconhecimento de direitos inexistentes a um segmento invisível e alvo de severa discriminação. (DIAS,2014, p.163)

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias cita que o primeiro grande passo para o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar foi deslocar a competência das Varas Cíveis para as Varas de Família, admitindo-se, assim, sua natureza familiar. (DIAS,2014. p.181)

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias menciona que a decisão pioneira foi da justiça Gaúcha, no ano de 1999, em sede liminar, fixou a competência da Vara da Família para julgar a ação decorrente de relacionamento homossexual. (DIAS,2014. p.181)

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias cita que a partir dessa orientação jurisprudencial, mesmo sendo minoritária migraram das Varas Cíveis para as Varas da Família a competência atribuída, mas a corrente majoritária que os tribunais adotaram em 2004 e 2005 foi a Vara Cíveis envolvendo relações homoafetivas. (DIAS,2014. p.181)

Segundo a doutrinadora doutora Maria Berenice Dias somente em 2013, após a decisão do Supremo Tribunal federal reconhecendo as uniões homoafetivas como

entidade familiar, é que o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu a competência das Varas especializadas de Família. (DIAS,2014. p.181)

Não mais é questionada a competência e sequer são suscitados conflitos. No seu livro o doutrinador doutor Flávio Tartuce refere-se sobre a Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) entrou em vigor, obrigando os cartórios a realizarem casamento entre casais do mesmo sexo, ao menos 15 mil casamentos homoafetivos foram feitos no Brasil. Ao proibir que autoridades competentes se recusem a habilitar ou celebrar casamento civil ou, até mesmo, a converter união estável em casamento, a norma contribuiu para derrubar barreiras administrativas e jurídicas que dificultavam as uniões homoafetivas no país. Para juízes e cartórios, a medida foi um divisor de águas na sociedade (TARTUCE, 2018, p.49).

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias cita a negativa configura os servidores públicos delegados, se negarem a cumprir, inclusive em 25.05.2011^a Arpen- Associação dos Registradores Civis das Pessoas Naturais do Brasil, expediu Nota oficial reconhecendo a possibilidade de conversão de união estável homossexuais em casamento civil. (DIAS,2014. p.193)

No código Civil a doutrinadora doutora Maria Berenice Dias refere-se da conversão da união estável em casamento, não refere-se, isso ocorre por não haver expressamente uma lei do qual dificulta o procedimento, exigindo uma obrigação judicial. Alguns Estados baixaram normatizações visando a desburocratizar o processo perante os juízes diversos de cada Estado, adotando procedimentos distintos. (DIAS,2014. p.194)\

Os doutrinadores doutor Paulo Roberto Iotti Vecchiatti diz que a união homoafetiva possui o mesmo elemento valorativo protegido na união heteroafetiva: o amor que visa a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura- elementos formadores da atual família juridicamente protegida (offectio maritalis) razão pela qual merece ser enquadrada no âmbito de proteção do Direito das Famílias. (VECCHIATTI,2013, p.205 Apud DIAS,2014, p.39)

O Estatuto da Diversidade Sexual reconheceu a competência das Varas de Família, além de assegurar que as ações tramitam em segredo de justiça, omitindo-se nas publicações os nomes das partes (art.80 e 82) (DIAS,2014, p.52)

A Constituição atual consagra o princípio da laicidade, ao assegurar a liberdade de consciência e de crença. (DIAS,2014, p.181)

O art.5º, VI, CF: é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias. (BRASIL,1988)

Segundo a doutrinadora doutora Maria Berenice Dias alega que deve respeitar todas as religiões sem impor uma única vontade, respeitando por igual através do princípio da igualdade ou isonomia. (DIAS,2014, p. 52)

De acordo com a doutrinadora Maria Berenice Dias "A homossexualidade não é uma opção, mas um fato da vida, que não viola qualquer norma jurídica nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros. (DIAS, 2014, p.57)

Em seu livro a doutrinadora renomada e desembargadora aposentada doutora Maria Berenice Dias um grande passo foi a Súmula Normativa 12/2010, editada pela Agência Nacional da Saúde Suplementar- ANS, que assegurou benefícios aos companheiros dos titulares do plano de assistência médica, independente da orientação sexual. (DIAS,2014, p.65)

Conforme a página 66 do livro a doutrinadora Maria Berenice Dias refere-se a um enorme significado também a Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, ao estender o uso das técnicas de reprodução assistida aos homossexuais. (DIAS,2014, p.66)

Admitida a possibilidade do casamento no Brasil, a doutrinadora doutora Maria Berenice Dias informa que sendo as partes legalmente casados no estrangeiros, falta interesse de agir para buscarem o reconhecimento de união estável homoafetiva. (DIAS,2014, p.201)

A doutrinadora doutora Maria Berenice Dias cita em seu livro alguns tribunais, mesmo rotulando as uniões homoafetivas como sociedade de fato, reconheciam direitos de natureza previdenciária. A solução era pouco técnica, pois sócios não fazem jus a direitos pessoais. (DIAS,2014. p.244)

Pouco a pouco a doutrinadora doutora Maria Berenice Dias informa em seu livro que as justiças estaduais, a justiça federal, do trabalho, a justiça militar e o Superior Tribunal de Justiça passaram a conceder tanto o direito à pensão por morte,

direito previdenciário com a inscrição de parceiro na mesma condição de dependente e a inclusão no plano de assistência médica, inclusive em sede de tutela antecipada. (DIAS,2014. p.244)

Agravo de instrumento. Ação ordinária. Antecipação dos efeitos da tutela. Deferimento. Presença da verossimilhança das alegações autorais. União estável homoafetiva. Possibilidade. ADI 4.277- DF. Inclusão de companheiro como dependente. Previsão legal. LC/ MG 64/2002, art.4º. Recurso não provido. (TJMG, AI 1.0024.13.170447-0/001, 1ª C. Cív, Rel. Des. Armando Freire, p.16/10/2013.

Novos avanços foram conquistados Através do Ministério Público Federal intentou ação civil pública contra o Instituto Nacional do Seguro Social para estender os benefícios previdenciários aos casais homossexuais; a doutrinadora doutora Maria Berenice Dias relata que fazendo que alterasse a Instrução Normativa 25/2000 em sede administrativa, incluindo o companheiro homossexual na primeira classe de dependente. (DIAS,2014. páginas 244 e 245)

Embora aplaudida por muitos, os doutrinadores doutora Marinna Chaves e doutora Maria Berenice Dias o julgamento do dia 05 de maio de 2011 foi criticado sob o fundamento de o judiciário estar usurpando o papel do legislativo e afrontando o princípio da separação de poderes. É o que se chama de ativismo judicial. O fato é que a decisão veio a soma não só a omissão do legislador, mas a impedir a violação de um punhado de direitos fundamentais, consagrados em sede constitucional, que só existem para garantir a dignidade da pessoa humana. (CHAVES,2011 Apud Dias,2014, p.324).

Alegando em seu livro a doutrinadora doutora Maria Berenice Dias o IBDFAM-Instituto de Direito das Famílias e a Comissão da Diversidade sexual do Conselho Federal da OAB a requerem ao Conselho Nacional de Justiça que baixasse resolução uniformizando o procedimento da conversão da união estável em casamento. (DIAS,2014. p.328)

Em 14 de maio de 2013, o presidente do Conselho Nacional de Justiça, sem aguardar a manifestação do colegiado, expediu a Resolução 175 dispondo sobre a habilitação, celebração do casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. (DIAS,2014. p.328)

Conclusão: A conquista entre os homossexuais foram grande no decorrer dos anos, sendo principalmente impostas pelo Estado e prevalecendo o princípio da Dignidade da pessoa Humana e da igualdade entre os gêneros, sendo uma classe minoritária observamos que as conquistas foram acontecendo desde o ano de 2000, mas que somente foi repercutido em 2011 com o STF e STJ, assim que o casamento foi um marco de suma importância para o indivíduo do qual garantiu sua comunhão plena de vida ao lado de outras pessoas através do afeto entre os mesmos, observando que todos os relatos baseiam-se na maioria dos casamentos em homem com homem e que até a sociedade mal fala de casamento entre mulheres nos livros que mencionei acima de doutrinadores renomados, quase nem cita mulheres e porque a sociedade ainda evita comentar sobre esse assunto?

Perguntas que poucos interessam? Perguntas que através da sociedade sendo ela "machista" impondo antigamente hierarquia entre eles, mas atualmente somos iguais? São perguntas que mesmo alegando ser iguais perante a lei, não são questionadas, citadas em livros, se o homem e a mulher são iguais perante ao princípio da igualdade ou isonomia porque, o casamento homoafetivo não refere-se a lésbicas em livros, mesmo sabendo por livros que ambos são considerados iguais, mas não há ou pelo menos não li livros que relatam sobre o amor de uma mulher com a outra, não vi nos livros nenhum acórdão do primeiro casamento homoafetivo entre as mulheres e sim no casamento que ocorreu em 2011 entre dois homens na cidade de Jacareí -SP.

Questões dos quais realmente faz refletir, avanços, observamos que houve tantas conquistas, e sabemos também que esses direitos fundamentais previstos na Constituição são impostos a sociedade e da qual a sociedade passa a seguir o ordenamento jurídico, passa a fazer prevalecer sua eficácia, conquista perante a outros direitos sucessórios que entrelaçam o matrimônio perante o patrimônio do casal, fazendo que ambos optem pela melhor forma de comunhão que queiram celebrar seu matrimônio.

O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu a competência das Varas especializadas de Família. Antes existia um conflito entre as Varas Civil e Família que hoje foi estabelecido como mencionei anterior a Vara competente para julgar a ação.

3.2 Fatos interessantes

O primeiro casamento celebrado no Brasil, mediante simples habilitação no Cartório do Registro Civil, após parecer favorável do Ministério Público e sem a necessidade de prévia autorização judicial aconteceu em 09.12.2011, pelo Cartório da 4ª Zona das Pessoas Naturais de Porto Alegre – RS a doutrinadora doutora Maria Berenice dias cita a importância desse acontecimento perante a sociedade e o fato de ser o primeiro casamento celebrado no Brasil. (DIAS,2014, p.201)

A chamada Constituição Cidadã, conforme a doutora Maria Berenice dias relata que pretendendo integrar no laço social todos os cidadãos foi enfática e até repetitiva ao vetar discriminações de qualquer ordem concede especial proteção à família, sem conceitua-la. Também não define casamento. Ao elencar algumas das modalidades de constituição da família, não exclui outras. O reconhecimento da união homoafetiva está fundamentado no princípio da igualdade, o qual veda quaisquer distinções. Dessa forma, quando da convivência entre duas pessoas do mesmo sexo constitui um núcleo familiar, mister considera que se está diante de uma união estável. (DIAS,2014, p.151)

Afirma em seu livro a doutrinadora doutora Maria Berenice Dias que hoje não se classifica os gêneros como opção sexual e sim pela orientação sexual. Baseado no ser e nascer assim, a palavra homossexual significa: HOMO: "semelhante" (de origem grega) SEXUS: "sexualidade semelhante" (origem latim). Atribuída ao médico húngaro Karoly Benkerto na literatura técnica no ano de 1869. (DIAS,2014, p.58)

A doutrinadora e doutora Maria Berenice Dias transcreve em seu livro os fatos importantes que ocorreu somente no ano de 2000, foi acrescentada no dicionário a palavra homoafetividade fazendo parte do vocabulário do Brasil. (DIAS, 2014, p. 59 e 60)

Sendo utilizada pela primeira vez no Supremo Tribunal de Justiça em 215, aplaudida pelo Supremo Tribunal Federal o Relator Ministro Aires Brito. (DIAS, 2014, p.60)

Utilizado pela primeira vez na obra "União homossexual o Preconceito e a Justiça a autoria desembargadora aposentada e jurista Doutora Maria Berenice Dias. (DIAS, 2014, p. 60)

Fatos importantes que a doutrinadora desembargadora aposentada doutora Maria Berenice Dias menciona que as únicas referências legais que existem são a Lei 11.340/2006 (Maria da Penha), que define família como uma relação íntima de afeto, independente da orientação sexual e o Estatuto da Juventude (lei 12.852/2013) que assegura aos jovens direito a diversidade e a igualdade, afirmando que não serão discriminados por motivos de orientação sexual. (DIAS, 2014, p. 77)

Ej. Art.17. O jovem tem direito à diversidade e à igualdade de direitos e de oportunidades e não será discriminado por motivo de:
I - etnia, raça, cor da pele, cultura, origem, idade e sexo;
II - orientação sexual, idioma ou religião;
III - opinião, deficiência e condição social ou econômica.
(BRASIL,2013)

A importância que se destaca em seu livro segundo a doutrinadora doutora Maria Berenice Dias que o Projeto de Lei do Senado nº 580/2007, propõe a alteração do Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva. Já o PL 674/2007 visa regulamentar o art.226§3º, da CF, suprimindo o termo entre "um homem e uma mulher" para configuração da união estável. Mesmo é o objetivo do PL 4.914/2009, para acrescentar o art.1727-A ao Código Civil, a fim de aplicar as normas de união estável às relações das pessoas do mesmo sexo. (DIAS, 2014, p.98)

De acordo com o palestrante excelentíssimo senhor doutor juiz Fernando Henrique Pinto juiz titular da 2ª Vara da Família e das Sucessões de Jacareí, Corregedor permanente do Oficial do Registro Civil das pessoas naturais de Jacareí e formado mediador pela escola Paulista da Magistratura que gentilmente forneceu esse conteúdo que estarei anexando para dar mais credibilidade e enriquecimento aos fatos alegados pelos doutrinadores mencionados anteriormente. Que foi o primeiro juiz a conceder a certidão de casamento em Jacareí e palestrante na casa do Advogado em Taubaté no dia 18-07-2019 no qual veio a enriquecer esse tema dando mais veracidade aos fatos mencionados anteriormente. E de acordo com a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (ao Código Civil).

Decreto-Lei nº 4.657, de 4/09/1942 (Ementa com redação dada pela Lei nº 12.376, 30/12/2010)

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".

Preambulo da Constituição Federal 1988.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte constituição da república federativa do Brasil.

Título I

Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Título II Dos direitos e garantias fundamentais capítulo I Dos direitos e deveres individuais e coletivos. (BRASIL,1988)

Art. 5º 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, nos termos seguintes: (BRASIL,1988)

Art. 5º da CF/88 incisos X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL,1988)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL,1988)

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL,1988)

XXX – é garantido o direito de herança;(BRASIL,1988)

Superior Tribunal de Justiça

(25 de outubro de 2011) No Recurso Especial nº 1.183.378/RS, reconheceu possível também o casamento entre pessoas do mesmo sexo (REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012).

O Excelentíssimo Senhor doutor juiz Fernando Henrique Pinto além que enriquecer esse trabalho trouxe anexo do qual gerou curiosidade e que anteriormente acima mencionada ficamos refletindo sobre casamentos de mulheres e esse contexto faz com que esse trabalho tenha mais credibilidade.

Conclusão: As conquista acima mencionadas vão além, existem vários projetos a serem aprovados pelo senado do qual poderá acarretar e vitórias para a democratização do país, prevalecendo cada vez mais o princípio constituído em seu art.5º da CF/88 e art.1º, III. Adquirindo a classe minoritária de almejar grandes avanços na sociedade atual.

4. CONCLUSÃO

A Homoafetividade existe desde a antiguidade até os dias atuais, está inserida na sociedade tendo como reflexos seus preceitos e suas conquistas sendo discriminada pelas religiões, prevista na Constituição Federal de 1988, na qual atualmente deve ser aceita sem qualquer discriminação, respeitando a felicidade de cada um, baseado no direito erga omnes, a felicidade, independente da religião deve respeitada.

No decorrer dos anos verificamos várias modificações tanto prevista na lei através da Constituição Federal de 1988, e perante a sociedade, observamos a valorização da mulher, da homossexualidade, o direito da liberdade de escolha, de afeto para constituir uma nova família através do afeto entre as pessoas, não sendo padrão somente um tipo de família como a religiosa que no ano de 1916 era regido pela sociedade através do Código Civil, não sendo o único meio de constituir uma família, ocorrendo a mudança do nome de Direito de Família para Direitos das Famílias, ampliando qualquer família que venha a ser constituída inclusive no caso da família homoafetiva.

Aprovado no Supremo Tribunal Federal (STF) dia 05 de maio de 2011, atualmente completando 8 anos de sua eficácia no ramo jurídico e prevalecendo o direito erga omnes (para todos), a dignidade da vida humana e sua afetividade com outro indivíduo, fortalecendo os direitos e deveres perante a constituição, concretizados pela primeira certidão de casamento homoafetivo em 17 de junho de 2011, em Jacareí – São Paulo na 2ª Vara da Família e das Sucessões realizada pelo juiz Fernando Henrique Pinto. Transformando a União Estável em casamento previsto no CF/88 e também na CC/02. Modificando a nomenclatura de Direito de Família para Direito das Famílias, onde o ordenamento jurídico aceita novas formas de famílias existente na sociedade dando igualdade de direitos e deveres (Inter partes) pela comunhão plena de vida.

Existem várias espécies de casamentos na qual deve-se observar qual a mais adequada para o momento de sua eficácia, e sempre observando os requisitos para não ocorrer um vício jurídico, ou qualquer impedimento ou suspeição prevista no código civil de 2002, sendo nulo ou anulado e sim prevalecendo sua eficácia e sua boa-fé. A habilitação será feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil, com

a audiência do Ministério Público se for impugnada perante o juiz competente. Nos dias de hoje observamos as constantes modificações que ocorreram com os conceitos do casamento, podemos relatar que as leis estão em constantes modificações, conforme a sociedade se modifica as leis se modificam agregando essas atualidades, das quais sejamos claramente direto ao assunto demoram anos para compreender perante a sociedade.

Ressalvo que por mais que o acórdão do STF de 2011 esteja em vigor, na prática ainda existem pessoas ou indivíduos dos quais se negam a aceitar, esse tipo de pensamento é comum perante a sociedade mesmo sendo previsto.

Há várias opiniões a respeito e por isso quanto mais informações forem divulgadas a respeito desse conteúdo esse vínculo afetivo do qual realiza uma comunhão plena de vida aceita de forma espontânea entre as partes tem o objetivo de serem felizes, assim como qualquer outro indivíduo deve respeitar e obedecendo as normas e as leis vigentes.

Não podemos deixar de considerar que nós seres humanos temos nossas opiniões a respeito de cada assunto pelos costumes, pela tradição passada de geração em geração os vícios ocorridos no decorrer dos anos, e que se todos fossemos perfeito não existiriam leis para que sejam cumpridas, entretanto prevalecendo de forma para pacificar a sociedade regras das quais serão punidas se não forem obedecidas, nesse contexto fica para que a sociedade através das leis, normas, decretos fiquem cientes dos riscos que podem sofrer se não obedecer a lei.

O Estado em si, punira de forma rígida os indivíduos das quais não respeitarem as leis, prevalecendo a soberania da Constituição, da vida de cada indivíduo.

A conquista entre o homossexuais foram grande no decorrer dos anos, sendo principalmente impostas pelo Estado e prevalecendo o princípio da Dignidade da pessoa Humana e da igualdade entre os gêneros, sendo uma classe minoritária observamos que as conquistas foram acontecendo desde o ano de 2000, mas que somente foi repercutido em 2011 com o STF e STJ, assim que o casamento foi um marco de suma importância para o indivíduo do qual garantiu sua comunhão plena de vida ao lado de outra pessoas através do afeto entre os mesmo, observando que todos os relatos baseiam-se na maioria dos casamento em homem com homem e que até a sociedade mal fala de casamento entre mulheres nos livros que menciono acima de doutrinadores renomados, quase nem cita mulheres e porque a sociedade ainda evita comentar sobre esse assunto?

Perguntas que poucos interessam? Perguntas que através da sociedade sendo ela "machista" impondo antigamente hierarquia entre eles, mas atualmente somos iguais? São perguntas que mesmo alegando ser iguais perante a lei, não são questionadas, citadas em livros, se o homem e a mulher são iguais perante ao princípio da igualdade ou isonomia porque, o casamento homoafetivo não refere-se a lésbicas em livros, mesmo sabendo por livros que ambos são considerados iguais, mas não há ou pelo menos não li livros que relatam sobre o amor de uma mulher com a outra, não vi nos livros nenhum acórdão do primeiro casamento homoafetivo entre as mulheres e sim no casamento que ocorreu em 2011 entre dois homens na cidade de Jacareí -SP.

Questões dos quais realmente faz refletir, avanços, observamos que houve tantas conquistas, e sabemos também que esses direitos fundamentais previsto na Constituição são impostos a sociedade e da qual a sociedade passa a seguir o ordenamento jurídico, passa a fazer prevalecer sua eficácia, conquista perante a outros direitos sucessórios que entrelaçam o matrimônio perante o patrimônio do casal, fazendo que ambos optem pela melhor forma de comunhão que queiram celebrar seu matrimônio.

O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu a competência das Varas especializadas de Família. Antes existia um conflito entre as Varas Civil e Família que hoje foi estabelecido como mencionei anterior a Vara competente para julgar a ação.

A inúmeras conquistas que aos poucos a sociedade atual está aceitando e principalmente ser respeitados e dignos como qualquer outro cidadão.

"A homossexualidade não é uma opção, mas um fato da vida, que não viola qualquer norma jurídica nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros. (DIAS, 2014, p.57)

Segundo a desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias refere-se também em seu site a seguinte frase que espero que todos os presentes leitores possam apreciar " O afeto deve ser visto como uma realidade digna de tutela". Essa frase é simples, mas de forma que faz refletir, faz com que a justiça e a sociedade compreendam a forma simples de ser feliz a essência da alma de cada um, a pureza dos sentimentos, ser igual a todos, respeitando a todos.

O maior objetivo desse tema realmente é informar as pessoas de que o amor "gerado pelo afeto" deve prevalecer, e as pessoas leigas que no subconsciente são

preconceituosas mudem de opinião respeitando cada indivíduo que convive na sociedade.

Nada melhor do que uma leitura, da qual possamos entender esse bloqueio social que existe até nos dias atuais e que de certa forma já está sendo respeitado, a nova geração está aceitando mais, fazendo que esse bloqueio seja uma simples lembrança, que a sociedade antiga tinha colocava como verdadeira e isso aos poucos está sendo modificado, com muito orgulho e compreensão espero esse texto possa divulgar e abranger o conhecimento de cada um.

As conquista acima mencionadas vão além, existem vários projetos a serem aprovados pelo senado do qual poderá acarretar e vitórias para a democratização do país, prevalecendo cada vez mais o princípio constituído em seu art.5º da CF/88 e art.1º, III. Adquirindo a classe minoritária de almejar grandes avanços na sociedade atual.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO JUNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús, **Parcerias Homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Ed.RT;2002.

BRASIL. Vara da Família e Sucessões de Jacareí. Acórdão nº1209/2011. **Casamento Homoafetivo em Conversão entre Homens**.

Disponível em:

<file:///c:/users/paty_/desktop/tg%202019/palestra%20do%20juiz%20fernando%20da%20vara%20de%20jacareí/casamento%20homoafetivo/casamento-união%20estável-homoafetivo-conversão-sentença.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2019.

BRASIL. vara da Família e Sucessões de Jacareí. Acórdão nº recurso especial nº 1.183.378 -(2010/0036663-8). **Casamento Homoafetivo em Conversão entre Mulheres** Disponível em:

<file:///c:/users/paty_/desktop/tg%202019/palestra%20do%20juiz%20fernando%20da%20vara%20de%20jacareí/casamento%20homoafetivo/casamento-homoafetivo-stj-voto.pdf>. acesso em: 18 jul. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

BRASIL. 4657 nº Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 27 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL. Lei 13105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acessado em: 27 de jul. de /2019

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 134.**Institui O Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero**. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132701>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 380.Disponível em:

<[Http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=380.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=380.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas)>. Acesso em: 28 jun. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil::** parte gera. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1 v.

CHAVES, Marianna. Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF. 2011. Esse site está no livro da doutrinadora Maria Berenice Dias. Disponível em: <[www.ibdfam.org.br/artigos/728/novo site](http://www.ibdfam.org.br/artigos/728/novo_site)>. Acesso em: 22 abr. 2014.

DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e os direitos LGBT: união homoafetiva: o preconceito e a justiça. 6. ed. São Paulo:: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Direito das Famílias:** epígrafe. 2019. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br/>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

Estadão <<https://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,primeiro-casamento-gay-e-registrado-no-brasil,737661>> acessado dia 05 de maio de 2019.

Família. Casamento homoafetivo. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12599> Acesso em: 14 de Abril de 2019.

GIDDENS, Anthony, **A transformação da intimidade.** São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1993.

GUIMARÃES, Aníbal, **Sexualidade heterodiscordante no mundo antigo.** In: Dias, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: ed.RT,2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil:** direito de família.v.6.14^a.ed. São Paulo: Saraiva,2017.

LOREA, Roberto Arrida. **Intolerância religiosa e casamento gay.** In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Ed. RT,2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 2017. Espécies de casamento. Disponível em: <file:///C:/Users/paty_/Desktop/TG%202019/1093-Direito-Civil-Brasileiro-Volume-06-Carlos-Roberto-Gonalves-2017.>. Acesso em: 27 jul. 2019.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **Interpretar a Constituição não é ativismo judicial** (ou "ADPF 132 e ADPF 178 buscam uma interpretação adequada de direitos já existentes na Constituição").

Disponível em: [<http://www.ibdfam.org.br/artigos/554/novosite>]. Acesso em 23/04/2014

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

MEDINA, José Miguel Garcia. **QUADRO COMPARATIVO ENTRE O CPC/1973 E O CPC/2015.** Disponível em: <<http://boletimjuridico.publicacoesonline.com.br/wp->

content/uploads/2015/03/Quadro-comparativo-CPC-1973-x-CPC-2015.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: direito de família**.43.ed. São Paulo: Saraiva,2016. V.2.

RAGAZZI, José Luiz; BUENO, Sérgio Luiz José. **Homoafetividade e o direito à igualdade, à Liberdade, à não discriminação e o respeito à diferença**. In: Ferraz, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão, LEITE, Glauco Salomão. Manual de Direito Homoafetivo. São Paulo: Saraiva,2013.

RODRIGUES, Humberto. **O amor entre iguais**. São Paulo: Mythos,2004.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed.,2003.

SOUZA, Ivone Coelho de. **Homossexualismo**, uma instituição reconhecida em duas grandes civilizações. In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família-Idef. Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas. Curitiba: Juruá,2001.
TARTUCE, Flávio, **Direito Civil: direito de família**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.v.5.

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,2013.

ANEXO I - CASAMENTO REGISTRADO EM JACAREÍ ENTRE MULHERES

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)

RECORRENTE : R K O
 RECORRENTE : L P
 ADVOGADO : GUSTAVO CARVALHO BERNARDES E OUTRO(S)
 RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO**O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):**

2. K. R. O. e L. P. , duas mulheres alegando que se relacionam de maneira estável há três anos, requereram habilitação para casamento junto a dois Cartórios de Registros Cíveis de Porto Alegre-RS, pedido que lhes foi negado pelos respectivos titulares.

Em seguida, em 25.03.2009, ajuizaram pleito de habilitação para o casamento perante a Vara de Registros Públicos e de Ações Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre/RS, afirmando inexistir óbice no ordenamento jurídico a que pessoas do mesmo sexo se casem.

A sentença julgou improcedente o pedido de habilitação, por entender que o casamento, tal como disciplinado pelo Código Civil de 2002, somente é possível entre homem e mulher (fls. 49-52).

Em grau de apelação, a sentença foi mantida por acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. CASAMENTO HOMOSSEXUAL. HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ENTIDADE FAMILIAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 1.514, 1.517, 1535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL QUE TIPIFICAM A REALIZAÇÃO DO CASAMENTO SOMENTE ENTRE HOMEM E MULHER.

Ao contrário da legislação de alguns países, como é o caso, por exemplo, da Bélgica, Holanda e da Espanha, e atualmente o estado de Massachusetts, nos USA, que prevêem o casamento homossexual, o direito brasileiro não prevê o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Na hipótese, a interpretação judicial ou a discricionariedade do Juiz, seja por que ângulo se queira ver, não tem o alcance de criar direito material, sob pena de invasão da esfera de competência do Poder Legislativo e violação do princípio republicano de separação (harmônica) dos poderes.

Ainda que desejável o reconhecimento jurídico dos efeitos cíveis de uniões de pessoas do mesmo sexo, não passa, a hipótese, pelo casamento, instituto, aliás, que já da mais remota antiguidade tem raízes não somente na regulação do patrimônio, mas também na legitimidade da prole resultante da união sexual entre homem e a mulher.

Da mesma forma, não há falar em lacuna legal ou mesmo de direito, sob a afirmação de que o que não é proibido é permitido, porquanto o casamento homossexual não encontra identificação no plano da existência, isto é, não

constitui suporte fático da norma, não tendo a discricionariedade do Juiz a extensão preconizada de inserir elemento substancial na base fática da norma jurídica, ou, quando não mais, porque o enunciado acima não cria direito positivo.

Tampouco sob inspiração da constitucionalização do direito civil mostra-se possível ao Juiz fundamentar questão de tão profundo corte, sem que estejam claramente definidos os limites do poder jurisdicional. Em se tratando de discussão que tem centro a existência de lacuna da lei ou de direito, indesejável a abordagem das fontes do direito e até onde o Juiz pode com elas trabalhar.

Ainda no que tange ao patrimônio, o direito brasileiro oferta às pessoas do mesmo sexo, que vivam em comunhão de afeto e patrimônio, instrumentos jurídicos válidos e eficazes para regular, segundo seus interesses, os efeitos materiais dessa relação, seja pela via contratual ou, no campo sucessório, a via testamentária.

A modernidade no direito não está em vê-lo somente sob o ângulo sociológico, mas também normativo, axiológico e histórico.

APELAÇÃO DESPROVIDA.

Sobreveio recurso especial apoiado na alínea "a" do permissivo constitucional, no qual se alega ofensa ao art. 1.521 do Código Civil de 2002, aduzindo as recorrentes que o mencionado dispositivo - que prevê os impedimentos para o casamento -, não indica como tal a identidade de sexos.

Assim, aplicar-se-ia a regra segundo a qual, no direito privado, o que não é expressamente proibido é permitido, conclusão que autoriza as recorrentes a se habilitarem para o casamento.

Contra-arrazoado (fls. 184-188), o especial foi admitido (fls. 198-203).

O Ministério Público Federal, mediante parecer assinado pelo Subprocurador-Geral da República Antônio Carlos Pessoa Lins, opinou pelo não provimento do recurso especial (fls. 212-216).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)**VOTO****O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):**

2. É por todos conhecido o traço do individualismo voluntarista que marcou os diplomas civis do mundo no início do século XIX, dos quais se destaca, de forma eloquente, o Código Napoleão (1804), modelo que foi incorporado em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro (Código Civil de 1916).

Esse foi o momento da mais nítida separação entre direito público e privado: neste, os partícipes são os particulares, contratantes ou proprietários, e tem-se como pilar axiológico a autonomia da vontade, naquele, os cidadãos em face do Estado, cujo cerne valorativo são os limites para o exercício do poder e o estabelecimento de direitos fundamentais oponíveis verticalmente.

A progressiva superação desse modelo rendeu ensejo a que se inserissem, no plano jurídico do direito privado, princípios limitadores do individualismo e da voluntariedade, surgindo as chamadas *normas de ordem pública* - em espaços antes privados por excelência, como a família, a propriedade, o contrato e o trabalho.

A consagração de normas desse jaez, pregoeiras de direitos tidos por indisponíveis, marcou a fase denominada *publicização do direito privado*, segundo a qual alguns efeitos de atos jurídicos privados eram predeterminados pelo ordenamento, de forma absoluta, surgindo o germe de temas contemporâneos, como a função social do contrato e da propriedade.

Na esteira das transformações experimentadas pelo direito privado, depois da *publicização* veio a chamada *constitucionalização do direito civil*, momento em que o foco transmutou-se definitivamente do Código Civil para a própria Constituição Federal, a qual, no caso brasileiro, contém normas relativas à família, criança, idoso, adolescente, proteção do consumidor e função social da propriedade.

Assim, os princípios constitucionais alusivos a institutos típicos de direito privado passaram a condicionar a própria interpretação da legislação infraconstitucional.

Na expressão certeira de Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana assume dimensão transcendental e normativa, e a Constituição passa a ser não

somente "o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade" (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60).

Nessa linha de evolução, penso que também por essa ótica deva ser analisado o papel do Superior Tribunal de Justiça, notadamente das Turmas de Direito Privado.

Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, não me parece possível a esta Corte de Justiça analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior.

Em síntese, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

3. A segunda observação introdutória diz respeito ao papel do juiz moderno, ao apreciar demandas que envolvam princípios e conceitos fundamentais para o Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a concepção de casamento como instituição religiosa ou sacramento, assim também os contornos morais e éticos, do ponto de vista filosófico ou antropológico, evidentemente, não serão objetos de exame no caso em julgamento.

É que vicejam, no particular, as palavras de John Rawls, para quem:

Os juízes não podem, evidentemente, invocar as próprias noções pessoais de moralidade, tampouco os ideais e virtudes da moralidade em geral. Estes devem ser considerados irrelevantes. Eles não podem, da mesma forma, invocar visões religiosas ou filosóficas, deles próprios ou de outras pessoas. (Apud. SANDEL, Michael J., *Justiça - o que é fazer a coisa certa*. [Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011 p. 310)

No mesmo sentido é a filosofia de Chaïm Perelman sobre direito e moral:

[...] pode haver boas razões para que as regras morais não sejam inteiramente conformes às regras jurídicas, pois estas são sujeitas a condições de segurança, a presunções e a técnicas de prova, com as quais o juízo moral não se embaraça muito. (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.305)

A partir dessa idéia central, colho trechos do voto proferido pelo eminente Ministro Aliomar Baleeiro (STF), ainda na década de 1960 (RMS n. 18.534/SP), mas bastante atual:

Ninguém contesta o direito de a sociedade, da qual é órgão o Estado, defender-se do obsceno e repugnante e, sobretudo, preservar de influências deletérias o caráter do adolescente e da criança.

[...]

Mas o conceito de "obsceno", "moral", "contrário aos bons costumes" é condicionado ao local e à época. Inúmeras atitudes aceitas no passado são repudiadas hoje, do mesmo modo que aceitamos sem pestanejar procedimentos repugnantes às gerações anteriores. A Polícia do Rio, há 30 ou 40 anos não permitia que um rapaz se apresentasse de busto nu nas praias e parece que só mudou de critério quando o ex-Rei Eduardo VIII, então Príncipe de Gales, assim se exibiu com o irmão em Copacabana. O chamado *bikini* (ou "duas peças") seria inconcebível em qualquer praia do mundo ocidental, há 30 anos.

Negro de braço dado com branca em público, ou propósito de casamento entre ambos, constituía crime e atentado aos bons costumes em vários Estados norte-americanos do Sul, até tempo bem próximo ao atual.

[...]

Os juizes dos tempos de nossos avós e pais, ao que eu saiba, não apreenderam nunca *A Carne*, de Júlio Ribeiro, hoje um clássico. Mostraram com isso compreensão acima de qualquer farsaísmo ou pressão religiosa. Não há motivo para imitarmos o puritanismo da autoridade postal dos Estados Unidos, que proibiu o tráfego de cópias coloridas da *Maya desnuda*, de Goya, pintada no mais católico, preconceituoso e clerical dos países. Seria o mesmo que um *cache-sexo* no *David* de Miguel Ângelo. (RMS 18534, Relator(a): Min. ALIOMAR BALEEIRO, Segunda Turma, julgado em 01/10/1968, EMENT VOL-00751-03 PP-01156 RTJ VOL-00047-03 PP-00787)

Transcrevo também a reflexão realizada pelo eminente Ministro Marco Aurélio, também da Suprema Corte, no voto proferido na ADPF n. 132, acerca das possibilidades de coexistência entre direito e moral:

[...] o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã.

[...]

Por outro lado, o Direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica. Como se sabe, as condenações dos Tribunais da Santa Inquisição eram cumpridas por agentes do próprio Estado – que também condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o "pecado nefando" que resultou, para alguns, na destruição divina da cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa bíblica. O jurista espanhol Gregório Peces - Barba Martínez (*Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*, 1991, p. 32) assinala que a separação entre Direito e moral constitui uma das grandes conquistas do Iluminismo, restaurando-se a racionalidade sobre o discurso jurídico, antes tomado pelo obscurantismo e imiscuído com a moral religiosa.

4. Nesse contexto, a controvérsia instalada nos autos consiste em saber se é possível o pedido de habilitação para o casamento de pessoas do mesmo sexo, tendo

as recorrentes recebido respostas negativas, tanto na esfera cartorária, quanto nas instâncias judiciais - sentença e acórdão de apelação.

O acórdão, além de invocar doutrina sobre teoria geral do direito e de hermenêutica jurídica, acionou os arts. 1.514, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, enfatizando as alusões aos termos "homem" e "mulher" (ou "marido e mulher"), reciprocamente considerados, cuja união seria a única forma de constituição válida do casamento civil.

Os dispositivos citados contêm a seguinte redação:

Art. 1.514. 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.

[...]

Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos reconhecerdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados."

[...]

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Finalmente, concluiu o acórdão recorrido que:

[...] o fato de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não ser expressamente vedado pelos artigos 1.521 e 1.523 do CC, não significa que esteja permitido, ou que sua existência possa ser "integrada" pelo Juiz, porquanto estreme de qualquer dúvida que a própria substância do conceito de casamento traz insita a idéia, milenar, da união entre um homem e uma mulher.

4.1. Ressalto que os óbices relativos às expressões "homem" e "mulher", utilizadas pelo Código Civil de 2002, art. 1.723, e pela Constituição Federal, art. 226, § 3º, foram afastados por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal para permitir a caracterização de união estável entre pessoas do mesmo sexo, denominada "união homoafetiva".

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte: REsp 820.475/RJ, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 06/10/2008; REsp 1085646/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em

11/05/2011, DJe 26/09/2011; REsp 827.962/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 08/08/2011.

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723, do Código Civil de 2002, interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", "entendida esta como sinônimo perfeito de 'família'". A Suprema Corte asseverou que: "... este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva" (voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto).

Portanto, o próprio STF, no julgamento da ADPF n. 132, sinalizou que o entendimento então adotado poderia mesmo ser utilizado para além da união estável homoafetiva, como se denota expressamente de trecho do voto do eminente Relator:

[...] que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que **o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos "homem" e "mulher".** (sem grifo no original).

No mesmo sentido foi o voto do Ministro Marco Aurélio (STF), alicerçado em escólio proferido pelo ilustre Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos Antônio Augusto Cançado Trindade, acerca do direito de todo indivíduo à livre formulação de um projeto de vida:

Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. *Loayza Tamayo versus Peru*, *Cantoral Benavides versus Peru*), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Cançado Trindade no caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, julgado em 12 de setembro de 2005:

Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu **projeto de vida**. O vocábulo "projeto" encerra em si toda uma dimensão temporal. **O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral.** É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. (tradução livre)

O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: **ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie.**

4.2. A questão que ora se enfrenta é saber se o mesmo raciocínio pode ser aplicado no caso dos autos, em que se pleiteia a habilitação para casamento de pessoas do mesmo sexo.

A resposta, a meu juízo, passa, necessariamente, pelo exame das transformações históricas experimentadas pelo direito de família e pela própria família reconhecida pelo direito, devendo-se ter também em mente a polissemia da palavra "casamento", o qual pode ser considerado, a um só tempo, uma *instituição social*, uma *instituição natural*, uma *instituição jurídica* e uma *instituição religiosa*, ou sacramento, ou, ainda, tomando-se em metonímia a parte pelo todo, o casamento significando simplesmente "família".

No particular, como antes ressaltado, constituir-se-ia providência inócua investigar qual a concepção de casamento em seu sentido religioso ou sacramental, uma vez que vigora no ordenamento pátrio o princípio da liberdade religiosa, em razão do qual o conceito de casamento religioso pode revestir-se de diversos significados.

Releva notar que a doutrina de direito de família menciona diversas seitas e religiões em que se tolera, por exemplo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, *verbis*:

São exemplos de tolerância as Igrejas da Comunidade Metropolitana (Estados Unidos e Brasil), Associação Unitária Universalista (Estados Unidos), Igreja Unida (Canadá), Igreja para Todos, Igreja Cristã Contemporânea e Comunidade Cristã Nova Esperança (Brasil) etc. (GIORGIS, José Carlos Teixeira. O casamento igualitário e o direito comparado. in: *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. Coord. Maria Berenice Dias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 71).

Vale dizer, não é por essa ótica que se alcançará a uniformidade semântica do casamento.

Analisando o instituto por outro ângulo, é fato notório que o casamento, no Brasil, nas diversas fases da história do país, possuiu contornos diversos e também distintas funções na sociedade.

Antes da República, diante da parceria política até então existente entre Estado e Igreja Católica - que vinha desde o "descobrimento" -, o único modelo válido de casamento era o religioso, indissolúvel por essência e identificador exclusivo de uma família constituída.

Como noticia Arnaldo Wald, o Brasil, em matéria de casamento, esteve durante três séculos sujeito "às determinações do Concílio de Trento, e, portanto, somente a Igreja Católica tinha competência para celebrar casamento, que havia sido elevado à condição de sacramento" (WALD, Arnaldo. *Direito civil brasileiro: o novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 16 ed. 2006, p. 163).

Somente depois do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, de redação atribuída a Ruy Barbosa, é que o casamento passou a ter natureza civil.

O Código Civil de 1916 também manteve a sistemática segundo a qual a única forma válida de constituição de família era mediante o casamento. O seu revogado art. 229 dispunha que "criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos".

Em direção análoga era o § 4º, do art. 72 da Constituição de 1891, a Carta Republicana de 1934, art. 144, art. 124 da Constituição de 1937, art. 163 da Carta de 1946, EC n. 1 de 1969 (Constituição de 69), art. 175.

Os diplomas pretéritos revelaram, de forma enfática, que o foco de proteção estatal era o próprio casamento em si, abstraindo-se por completo as pessoas integrantes desse núcleo (salvo a figura do marido), individualmente consideradas, tudo isso em detrimento de valores que posteriormente foram reconhecidos como os mais caros à pessoa humana, como a dignidade e igualdade de tratamento perante a lei.

Porém, em meados da década de 80, a realidade se impôs à ficção jurídica, e o novo perfil da sociedade se tornou tão evidente e contrastante com o ordenamento então vigente, que se fez necessária uma revolução normativa, com reconhecimento expresso de outros arranjos familiares, rompendo-se, assim, com uma tradição secular de se considerar o casamento - civil ou religioso -, com exclusividade, o instrumento por excelência vocacionado à formação de uma família.

Inaugura-se em 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito **poliformismo familiar** em que **arranjos multifacetados** são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado".

Estabeleceu a Carta Cidadã, no *caput* do art. 226: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", sem ressalvas, sem reservas, sem "poréns", quanto à forma de constituição dessa família.

Ou seja, o comando principal do artigo é a "proteção especial", em si, independentemente da forma pela qual a família é constituída, porquanto por trás dessa "proteção especial" reside a dignidade da pessoa humana, alçada, no texto constituinte, a fundamento da República (art. 1º, inciso III).

Por isso que, em seus parágrafos, o art. 226 da Constituição expõe, **exemplificadamente**, esses novos arranjos familiares, todos dignos da especial proteção do Estado.

Nesse ponto, vêm a calhar as palavras do eminente Ministro Carlos Ayres Brito, na relatoria da ADPF n. 132/RJ, antes invocada, sobre a interpretação do art. 226 da CF/88:

De toda essa estrutura de linguagem prescritiva ("textos normativos", diria Friedrich Müller), salta à evidência que **a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela - insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas.** (grifado no original)

A bem da verdade, pela Carta de 88, a família foi vista por um nova óptica, um "novo olhar, um olhar claramente humanizado", cujo foco, antes no casamento, voltou-se para a dignidade de seus membros.

Essa mudança foi analisada na mencionada ADPF 132/RJ:

"O casamento é civil e gratuita a celebração". Dando-se que "o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei" (§§ 1º e 2º). Com o que essa figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. **Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, *literis*: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos"** (*caput* do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional n. 1, de 1969). É deduzir: se na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi jogada, em hora mais que ansiada, a *última pá de cal*. (grifado no original)

4.3. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

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.

A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana.

Por isso não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade.

Assim,

Se casamento fosse o mesmo atualmente, como o foi nos últimos dois mil anos, seria possível casar-se aos doze anos de idade, com uma pessoa desconhecida, por via de um casamento "arranjado"; o marido ainda poderia vislumbrar a própria esposa como propriedade e dispor dela à vontade; ou uma pessoa poderia ser condenada à prisão por ter se casado com uma pessoa de raça diferente. E, obviamente, seria impossível obter um divórcio, apenas para citar alguns exemplos. (CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 199)

Com a transformação e evolução da sociedade, necessariamente também se transformam as instituições sociais, devendo, a reboque, transformar-se a análise jurídica desses fenômenos.

O direito é fato, norma e valor - qual clássica teoria tridimensional de Miguel Reale -, razão pela qual a alteração substancial do fato deve necessariamente conduzir a uma releitura do fenômeno jurídico, à luz dos novos valores.

Deveras, a família é um fenômeno essencialmente natural-sociológico, cujas origens antecedem o próprio Estado.

É dizer: família é uma instituição pré-jurídica, surgida das mais remotas experiências de aglomeração e vinculação pelo parentesco e reciprocidade, anterior por isso mesmo ao próprio casamento, civil ou religioso.

Não pode o Direito - sob pena de ser inútil - pretender limitar conceitualmente essa realidade fenomênica chamada "família", muito pelo contrário, é essa realidade fática que reclama e conduz a regulação jurídica.

Atentando-se a isso, o **pluralismo familiar** engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes, tanto desta Corte, quanto do STF -, impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

Na medida em que a própria Constituição Federal abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento, e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição de família, emerge como corolário que, em alguma medida, torna-se secundário o interesse da Carta Cidadã pelo modo a partir do qual essas famílias são constituídas em seu íntimo, em sua inviolável vida privada, se são constituídas por pessoas heteroafetivas ou homoafetivas.

O mais importante, não há dúvida quanto a isso, é **como esse arranjo familiar pode ser especialmente protegido pelo Estado** e, evidentemente, o vínculo que maior segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil.

Essa, segundo parece, deve ser exatamente a interpretação conferida ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal, quando prevê a facilitação da conversão da união estável em casamento.

Não que a Carta Cidadã autorize o legislador infraconstitucional a destinar menos direitos, de forma voluntária, às uniões estáveis - para além dos *deficits* naturalmente existentes -, se comparados com os direitos próprios dos cônjuges casados.

O que importa agora, expressa a Constituição Brasileira de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, **pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.**

Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor **protege** a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que 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.

4.5. O sexo, entendido como gênero - e, por consequência, a sexualidade, o gênero em uma de suas múltiplas manifestações -, não pode ser fator determinante para

a concessão ou cassação de direitos civis, porquanto o ordenamento jurídico explicitamente rechaça esse fator de discriminação, mercê do fato de ser um dos **objetivos fundamentais da República** - vale dizer, motivo da própria existência do Estado - "promover o **bem de todos**, sem preconceitos de origem, raça, **sexo**, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação**" (art. 3º, inciso IV, da CF/88).

Constituindo um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III, da CF/88), é bem de ver também que a dignidade da pessoa humana não é aumentada nem diminuída em razão do concreto uso da sexualidade das pessoas, salvo em casos justificadamente pré-estabelecidos pelo direito, notadamente quando a própria sexualidade é manejada no desiderato de negar a dignidade e a liberdade sexual de outrem, como ocorre no caso de crimes sexuais.

De mais a mais, a sexualidade da pessoa encontra-se abrigada naqueles recônditos espaços morais, desde logo gravados pela Constituição com a cláusula da inviolabilidade, quais sejam a intimidade e a vida privada, ambas, no mais das vezes, exercitadas também em um espaço tido constitucionalmente como "asilo inviolável".

Nessa linha, a chamada Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) reconheceu a imprestabilidade da orientação sexual como fator determinante à configuração de violência doméstica e, por consequência, à proteção conferida pelo Estado à família e à dignidade da pessoa humana:

Art. 2º Toda mulher, **independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual**, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

[...]

Art. 1º

[...]

Parágrafo único. **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.**

Nesse particular, socorro-me, mais uma vez, dos fundamentos contidos no voto proferido pelo eminente Ministro Ayres Britto, no julgamento da ADPF n. 132:

[...] a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um *plus* ou *superávit* de vida. Não enquanto um *minus* ou *déficit* existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano.

[...]

Final, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem a mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.

[...]

[...] nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais.

[...]

a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. (grifado no original)

No mesmo sentido, sob a égide do paradigma formado no precedente acima citado, o STF explicitou que o julgamento proferido pelo Pleno, na ADPF n. 132/RJ, "proclamou que ninguém, *absolutamente ninguém*, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual" (RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe).

No mesmo passo, asseverou o eminente relator:

Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que excluda, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual. Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integrem a comunhão nacional.

De fato, a igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito a auto afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias.

Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença.

Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226).

É importante ressaltar, ainda, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e

desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

5. Portanto, retomando o curso do raciocínio, fincado nessas premissas, tenho que a interpretação conferida pelo acórdão recorrido aos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, observada a máxima vênia, não é a mais acertada.

Os mencionados dispositivos não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

Valho-me, para o caso em apreço, dos mesmos fundamentos utilizados para desempatar o julgamento do REsp. n. 820.475/RJ, no qual se discutia a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Acolheu-se, naquele julgamento, o princípio geral de que, inexistindo vedação expressa na lei ou na Constituição, descabe cogitar-se de impossibilidade jurídica do pedido.

Em síntese, *mutatis mutandis*, foram os seguintes os fundamentos condutores do voto:

- [...]
2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.
 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.
 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preenchem as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.
- [...]

Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo STF, para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º).

De resto, é interessante notar que, se às uniões homoafetivas opunha-se o óbice da literalidade do art. 226, §3º, CF/88, que faz expressa referência a "homem e mulher", é bem de ver que não há a mesma alusão quando a Carta trata do casamento civil (226, § 1º).

Ademais, como vem sendo amplamente noticiado pela imprensa, algumas uniões estáveis homoafetivas estão sendo convertidas em casamento, exemplo do fato ocorrido no Município de Jacareí/SP.

5. Do mesmo modo como ocorreu depois do julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, pela Suprema Corte, não faltarão vozes para arguir o ativismo judicial do Superior Tribunal de Justiça, caso o entendimento ora proposto seja referendado pelo Colegiado da Quarta Turma.

Em crítica à decisão do STF, afirmou-se, por exemplo, que "[a] tradição existe por algum motivo e não deve ser mudada pelo voto de um pequeno grupo, mas pela consulta ao grande público ou através de seus representantes, eleitos para isso" (DOUGLAS, William. *Dois Surdos – Os religiosos e o movimento gay*. Revista Jurídica Consulex, São Paulo: Consulex, 2011 (345): p. 46-47, 01/06/2011).

O próprio acórdão recorrido afirmou que "a hipótese ventilada não prescinde de discussão parlamentar", já que o ativismo judicial "nem sempre se traduz nas reais aspirações da sociedade".

Não impressiona, contudo, a tese de que a matéria deve ser apreciada, por primeiro, pelo Congresso Nacional, sobretudo para avaliar se há "aceitação social" do casamento homoafetivo.

Sem hesitar, é de encontrar resposta negativa a indagação formulada por Ronald Dworkin, segundo a qual "será que uma 'maioria moral' pode limitar a liberdade de cidadãos individuais sem uma justificativa melhor do que a de desaprovar suas escolhas pessoais?" (DWORKIN, Ronald. *A Virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 645).

De fato, a Constituição Federal, em seu preâmbulo, evoca o "povo" como legitimador do poder - "Nós, representantes do povo brasileiro [...]" -, seguindo-se que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente" (art. 1º, parágrafo único).

Porém, se o povo é a figura central da democracia, cumpre indagar - tal como o fez Friedrich Müller - quem é o povo? (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011).

Isso porque o regime representativo - que possui como fonte de poder o "povo" - não é obrigatoriamente um regime democrático. Vale dizer, pois, que pode ocorrer "representação" sem democracia, e democracia sem "representação", como aconteceu a partir da constituição francesa de 1791, cujos eleitos governavam "de costas voltadas para o corpo político, para o eleitorado, para aquela coletividade democrática, contemporaneamente conhecida pelo nome de povo" (BONAVIDES, Paulo. O regime representativo e a democracia. *Revista de Direito Público*. RDP 3/99. jan.-ma/1968).

Nesse passo, importa ressaltar que "povo" - que é sempre a base de toda democracia - é conceito plurívoco, que não exprime identidade com a ideia de maioria da população votante.

É que a democracia é forma de governo cujo acesso ao poder é estabelecido pela maioria, mediante técnicas diversas, mas que, de forma nenhuma, deve significar que o exercício do poder tenha como destinatário essa maioria legitimadora do acesso ao poder.

O "estado de direito" só é genuinamente "democrático" se o é em seu conteúdo, e não somente em sua forma.

É dizer: o problema da legitimação democrática possui dimensão mais elástica e, por isso mesmo, nem sempre se resolve singelamente pela regra majoritária, a qual se presta, no mais das vezes, a justificar apenas o acesso ao poder.

Não fosse por isso, não se explicaria a razão de as ações do Estado prestigiar também os não votantes, como, por exemplo, as crianças, os presos, os eleitores facultativos e, de resto, as minorias vencidas pelo voto.

O problema da legitimação democrática só é bem analisado pela lente da universalização das prescrições do Estado, o qual será legitimado quando considerado o povo não apenas como a fonte do poder, mas também como o destinatário de suas ações, ou como a "totalidade dos atingidos pela norma", e, em razão disso, algo bem diferente da maioria votante, como explica Friedrich Müller:

Não há nenhuma razão democrática para despedir-se simultaneamente de um possível conceito mais abrangente de povo: do da totalidade dos atingidos pelas normas: *one man one vote*. Tudo o que se afasta disso necessita de especial fundamentação em um Estado que se justifica como "demo" crada.
[...]

Esse padrão se repete: o povo não é apenas - de forma indireta - a fonte ativa da instituição de normas por meio de eleições bem como - de forma direta - por meio de referendos legislativos; ele é de qualquer modo o destinatário das prescrições, em conexão com deveres, direitos e funções de proteção. E ele justifica esse ordenamento jurídico num sentido mais amplo como ordenamento democrático, à medida que o aceita globalmente, não se revoltando contra o mesmo. Nesse sentido ampliado, vale o argumento também para os não eleitores, e igualmente para os eleitores vencidos pelo voto (tocante ao direito eleitoral fundamentado no princípio da maioria) ou

para aqueles cujo voto foi vitimado por uma cláusula limitadora. (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 pp. 53-56)

Essa visão distorcida do que seja democracia - como sendo o governo da maioria - também foi pontuada por Ronald Dworkin, ao criticar processos políticos que, embora formalmente democráticos, relegavam ao ocaso minorias sociais destituídas de expressão político-eleitoral, como foi o caso dos negros e homossexuais -, em determinado momento da história dos Estados Unidos.

Confira-se o magistério do filósofo americano, em seu clássico *A Virtude Soberana*:

A hipótese do processo político justo também é duvidosa quando o grupo que perde foi vítima histórica de um preconceito ou estereótipo que torna provável que seus interesses sejam desprezados pelos eleitores.

[...]

Em primeiro lugar, o grupo pode ser tão marginalizado financeira, social e politicamente, que lhes faltem meios para chamar a atenção dos políticos e dos outros eleitores para seus interesses e, assim, não exercer o poder nas urnas, ou em alianças ou barganhas com outros grupos, que se esperaria que o número de componentes do grupo fosse capaz de produzir. Em segundo lugar, pode ser vítima de vieses, preconceitos, ódios ou estereótipos tão graves que a maioria queira reprimi-lo ou puni-lo por tal motivo, mesmo quando as punições não sirvam a nenhum outro interesse, mais respeitável ou legítimo, de outros grupos (DWORKIN, Ronald. *A Virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões, São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 654-656).

Definitivamente, como bem asseverou Fábio Konder Comparato, no prefácio da obra de Friedrich Müller, a soberania popular, quanto ao exercício do poder e aos destinatários das ações públicas, não é absoluta, de modo que a regra da maioria não pode se afastar do fato de que "o bem comum, hoje, tem um nome: são os direitos humanos, cujo fundamento é, justamente, a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum condição de pessoas" (*Op cit.* p. 22).

Vale dizer, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não pode "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão.

Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias.

Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

7. Nesse campo, a bem da verdade, o Brasil ainda caminha a passos lentos para o reconhecimento legal dos direitos dos pares homoafetivos, contrariamente ao que fizeram diversos países que se adiantaram no reconhecimento legal ou do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, ou das chamadas "parcerias domésticas" entre homossexuais, em alguns países chamadas uniões registradas, parcerias registradas, acordos de beneficiários ou ainda beneficiários recíprocos.

São exemplos de países que reconheceram o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: Argentina, África do Sul, Holanda, Bélgica, Suécia, Canadá, Espanha, Portugal e em diversas Unidades Federativas dos Estados Unidos, como nos Estados de Massachusetts, New Hampshire, New Jersey, Connecticut, Iowa e Vermont.

Particularmente interessantes - apenas para ficarmos em poucos exemplos - , são as situações de Portugal e do Estado de Massachusetts/EUA.

Em Portugal, antes da Lei n. 9-XI de 2010, o Código Civil, art. 1.577º, dispunha que:

Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.

O art. 1.628º, alínea "e", do mesmo Diploma dispunha que:

É juridicamente inexistente:

[...]

O casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo.

Porém, a Lei n. 9-XI, de 2010, reconheceu explicitamente a possibilidade de parceiros do mesmo sexo contraírem casamento civil, alterando o regramento do casamento civil nos seguintes termos:

Art. 1º. Objectivo

A presente lei permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 2º. Alterações ao regime do casamento

Os arts. 1.577º, 1.591º e 1.690º do Código Civil passam a ter a seguinte redacção:

"Art. 1.577º. [...]

Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendam constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código".

[...]

Art. 4º. Norma revocatória

É revogada a alínea e) do art. 1.628º do Código Civil.

Art. 5º. Disposição final

Todas as disposições legais relativas ao casamento e seus efeitos devem ser interpretadas à luz da presente lei, independentemente do gênero dos cônjuges, sem prejuízo do disposto no art. 3º.

A mencionada lei foi posta ao crivo preventivo de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Português, decidindo aquela Corte pela improcedência das dúvidas quanto à constitucionalidade do ato, notadamente tomando-se por parâmetro o art. 36º, n. 1, da Constituição Portuguesa (Cf. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 213).

Em Massachusetts/EUA, houve reconhecimento judicial da possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, tendo a Suprema Corte daquele Estado decidido que as licenças para casamento civil deveriam ser concedidas também aos pares homoafetivos, determinando-se que as leis existentes sobre casamento fossem tornadas neutras quanto ao gênero.

Transcrevo parte dos fundamentos do voto da Juíza Magaret Marshall, da Corte de Massachusetts, no julgamento paradigma, deixando claro a presidenta da Corte que não seria partidária de nenhuma posição moral ou religiosa sobre o tema:

Muitas pessoas têm sólidas convicções religiosas, morais e éticas de que o casamento deveria limitar-se à união de um homem e uma mulher e de que a conduta homossexual é imoral. Muitas têm convicções religiosas, morais e éticas igualmente sólidas de que pessoas do mesmo sexo têm direito a se casar e de que casais homossexuais deveriam receber o mesmo tratamento dado a casais heterossexuais. Nenhuma dessas opiniões responde à questão que temos diante de nós. Nossa obrigação é definir a liberdade de todos, e não impor nosso próprio código moral. (*Apud.* SANDEL, Michael J.. *Justiça - o que é fazer a coisa certa*. [Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 318)

Continuando a fundamentação, a Juíza Marshall aduziu que a exclusão do casamento aos pares homossexuais é incompatível com o "respeito à autonomia e à igualdade dos indivíduos aos olhos da lei". Assim, a liberdade de "escolher se casar e com quem se casar seria vã" se o Estado pudesse "tolher os direitos do indivíduo de escolher livremente a pessoa com quem ela queira compartilhar um compromisso exclusivo". Com efeito, a questão - defende Marshall - não é o valor moral da escolha, mas o direito de o indivíduo de fazê-la, ou seja, o direito de os reclamantes "de se casar com o parceiro escolhido" (SANDEL, Michael J. *Op. cit.* p. 318).

Quanto aos traços marcantes do casamento, a Juíza Magaret Marshall também acolhe o entendimento de não ser a fertilidade condição para a realização do casamento, "é o exclusivo e permanente comprometimento dos parceiros entre si, e não a concepção de filhos, o *sine qua non* do casamento" (*Ibidem*, p. 320).

Em arremate, afirma que, restringir o casamento aos heterossexuais "confere um selo oficial de aprovação do estereótipo destrutivo de que os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo são inerentemente instáveis e inferiores às uniões entre sexos opostos e não merecedores de respeito" (*Ibidem*, p. 321).

Finalmente, é importante noticiar que a Suprema Corte de Massachusetts concedera ao Poder Legislativo local o prazo de 180 dias para adequar a legislação à decisão ora em comento. Durante o prazo, o Senado de Massashusetts formulou consulta indagando se seria possível cumprir a decisão criando uma "união civil" para os homossexuais, que lhes atribuisse direitos e responsabilidades equivalentes aos previstos para os cônjuges casados.

A resposta negativa da Suprema Corte ao pretense eufemismo legislativo foi, deveras, emblemática, como bem noticia Daniel Sarmiento, cujos excertos, no que interessa, transcrevem-se abaixo:

"A proibição absoluta do uso da palavra 'casamento' pelos 'cônjuges' do mesmo sexo é mais do que semântica. A diferença entre as expressões 'casamento civil' e 'união civil' não é inócua; trata-se de uma escolha lingüística que reflete a atribuição aos casais do mesmo sexo, predominantemente homossexuais, um status de segunda classe... A Constituição de Massachusetts, como explicado no caso Goodrige, não permite esta odiosa discriminação, não importa quão bem intencionada seja". (SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 8, vol. 32, outubro a dezembro de 2007, p. 43)

8. Nessa toada, enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua co-participação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

9. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento, salvo se por outro motivo as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio.

É como voto:

ANEXO II- CASAMENTO REGISTRADO EM JACAREÍ ENTRE HOMENS



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Comarca de Jacareí/SP

2ª Vara da Família e das Sucessões

Corregedoria Permanente do Registro Civil das Pessoas Naturais e de Intenções e Tutelas

Praça dos Três Poderes, s/n, Centro, CEP 12300-902

Fone nº. (12) 3953-5111 / FAX nº 3951-7093

Protocolo nº. 1209/2011 (Conversão de União Estável em Casamento).

Vistos.

LUIZ ANDRÉ DE REZENDE MORESI e JOSÉ SÉRGIO SANTOS DE SOUSA, ambos do sexo masculino, demais qualificações nos autos, protocolaram pedido de *conversão de união estável em casamento*.

Instruíram o pedido com escritura pública lavrada em 17/05/2011, perante o 1º Tabelião de Notas e de Protestos de Letras e Títulos de Jacareí/SP (livro nº. 705, fls. 017), onde declararam viver em *união estável há 8 (oito) anos*.

Foi publicado edital e cumpridas todas as formalidades legais para habilitação a casamento, não havendo impugnações.

O pedido foi instruído com declaração de duas testemunhas, no sentido de que os requerentes *“mantém convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”*.

O Ministério Público ofertou parecer favorável ao pedido.

É o relatório do necessário. Fundamento e decido.

Preliminarmente, observa-se que, conforme pedido expresso dos autores, os mesmos pretendem a conversão de alegada *união estável em casamento*, como permite e prevê o art. 226, § 3º, parte final, da Constituição Federal, e o art. 1.726 do Código Civil.

Regulamentando tais dispositivos constitucionais e legais, a **Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo**, em suas **Normas de Serviço (Tomo II, Capítulo XVII, Seção V, Subseção IV, art. 135)**, assim disciplinou o procedimento de conversão da união estável em casamento:



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Comarca de Jacareí/SP

2ª Vara da Família e das Sucessões

Corregedoria Permanente do Registro Civil das Pessoas Naturais e de Interdições e Tutelas

Praça dos Três Poderes, s/n, Centro, CEP 12300-902

Fone nº. (12) 3953-5111 / FAX nº 3951-7093

Protocolo nº. 1209/2011 (Conversão de União Estável em Casamento).

“87. A conversão da união estável em casamento deverá ser requerida pelos conviventes perante o Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais de seu domicílio. (Nota 2: Prov. CGJ 25/2005).

87.1. Recebido o requerimento, será iniciado o processo de habilitação previsto nos itens 52 a 74 deste capítulo, devendo constar dos editais que se trata de conversão de união estável em casamento. (Nota 3: Prov. CGJ 25/2005).

87.2. Decorrido o prazo legal do edital, os autos serão encaminhados ao **Juiz Corregedor Permanente**, salvo se este houver editado portaria nos moldes previstos no item 66 supra. (Nota 4: Provs. CGJ 25/2005 e 14/2006).

87.3. Estando em termos o pedido, será lavrado o assento da conversão da união estável em casamento, **independentemente de qualquer solenidade, prescindindo o ato da celebração do matrimônio**. (Nota 5: Provs. CGJ 25/2005 e 14/2006).

87.4. O assento da conversão da união estável em casamento será lavrado no Livro "B", exarando-se o determinado no item 81 deste Capítulo, sem a indicação da data da celebração, do nome e assinatura do presidente do ato, dos conviventes e das testemunhas, cujos espaços próprios deverão ser inutilizados, anotando-se no respectivo termo que se trata de conversão de união estável em casamento. (Nota 5: Prov. CGJ 25/2005).

BLOCO DE ATUALIZAÇÃO Nº 28 - CAP. XVII - 31

87.5. A conversão da união estável dependerá da superação dos impedimentos legais para o casamento, **sujeitando-se à adoção do regime matrimonial de bens, na forma e segundo os preceitos da lei civil**. (Nota 1: Prov. CGJ 25/2005).

87.6. Não constará do assento de casamento convertido a partir da união estável, em nenhuma hipótese, a data do início, período ou duração desta. (Nota 2: Prov. CGJ 25/2005)”.

Resumindo-se, verifica-se que o *casamento civil tradicional* difere do *casamento por conversão de união estável* apenas pela substituição do ato solene da *celebração*, presidido pelo “*juiz de paz*”, pela *homologação*, realizada pelo *Juiz de Direito* responsável pela *Corregedoria Permanente* do Registro Civil das Pessoas Naturais da comarca.

No mérito, cumpridas todas as formalidades legais, a questão que se coloca para análise é a possibilidade ou não de *casamento civil* entre **pessoas do mesmo sexo**, o que se passa a apreciar.

O maior e mais repetido *princípio* da *Constituição da República Federativa do Brasil* é o da **igualdade**.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Comarca de Jacareí/SP

2ª Vara da Família e das Sucessões

Corregedoria Permanente do Registro Civil das Pessoas Naturais e de Intenções e Tutelas

Praça dos Três Poderes, s/n, Centro, CEP 12300-902

Fone nº. (12) 3953-5111 / FAX nº 3951-7093

Protocolo nº. 1209/2011 (Conversão de União Estável em Casamento).

A mesma constituição elegeu a “*dignidade da pessoa humana*” como um de seus “*fundamentos*” (art. 1º, inciso III), e declarou que o Brasil tem como “*objetivos fundamentais*” a construção de “*uma sociedade livre, justa e solidária*”, bem como “*promover o bem de todos, SEM PRECONCEITOS de origem, raça, SEXO, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (art. 3º, incisos I e IV).

Também determina a Constituição Federal que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*” e que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*” (art. 5º, inciso I).

Mais à frente, no Título “Da Ordem Social”, a Lei Maior afirma que “*a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*” (art. 226, *caput*).

Sobre o *casamento*, a Constituição Federal dispõe que o mesmo “*é civil e gratuita a celebração*” (art. 226, § 1º), acrescentando que “*o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei*” (art. 226, § 1º), e que o *casamento* “*pode ser dissolvido pelo divórcio*” (art. 226, § 6º, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 66, de 13/07/2010).

A Constituição Federal também declara que “*para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável (...) como entidade familiar, DEVENDO A LEI FACILITAR SUA CONVERSÃO EM CASAMENTO*”, e que “*entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*” (art. 226, §§ 3º e 4º).

Em harmonia com o *princípio da igualdade*, nossa Lei Maior enfatiza que “*os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*” (art. 226, § 5º).



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Comarca de Jacareí/SP

2ª Vara da Família e das Sucessões

Corregedoria Permanente do Registro Civil das Pessoas Naturais e de Intenções e Tutelas

Praça dos Três Poderes, s/n, Centro, CEP 12300-902

Fone nº. (12) 3953-5111 / FAX nº 3951-7093

Protocolo nº. 1209/2011 (Conversão de União Estável em Casamento).

Aqui cabe abrir parêntesis para alertar que tal dispositivo **não** necessariamente declara que *casamento* existe apenas entre *homem e mulher*, até porque "*sociedade conjugal*" não é "*casamento*", sendo certo que a primeira sempre pôde ser dissolvida pela "*separação*" (*de fato, judicial* e mais recentemente também *extrajudicial*), e o segundo somente é dissolvido pelo "*divórcio*".

Contudo, aparentemente rompendo todo esse contexto de ênfase no princípio da *igualdade*, a Constituição da República Federativa do Brasil, ao mencionar a *união estável* em seu art. 226, § 3º, assim se pronunciou: "*é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar*" (art. 226, §§ 3º).

Mais de duas décadas passadas desde 05/10/1988, quando foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, e já se ingressando na segunda década do Século XXI, é público e notório que milhares de pessoas do mesmo sexo (homens e homens; mulheres e mulheres), compartilham a vida juntos *como se casados fossem*.

A ausência de respaldo jurídico a tal **realidade social** causou inúmeros prejuízos e injustiças, desde o não reconhecimento do direito à sucessão, passando pela ausência da presunção legal de esforço comum no patrimônio constituído, até a ausência de direitos sociais, como a pensão previdenciária por morte.

Nesse contexto, tramitava perante o Supremo Tribunal Federal a **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº. 178** (conhecida como a **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº. 4277**), ajuizada pela **Procuradoria-Geral da República**, objetivando a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como *entidade familiar*. Pedia-se, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Comarca de Jacareí/SP

2ª Vara da Família e das Sucessões

Corregedoria Permanente do Registro Civil das Pessoas Naturais e de Interdições e Tutelas

Praça dos Três Poderes, s/n, Centro, CEP 12300-902

Fone nº. (12) 3953-5111 / FAX nº 3951-7093

Protocolo nº. 1209/2011 (Conversão de União Estável em Casamento).

Também estava em trâmite a **ADPF nº. 132**, onde o **Estado do Rio de Janeiro** alegava que o não reconhecimento da união homoafetiva contrariava preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal, e pediu que o STF aplicasse o **regime jurídico das uniões estáveis**, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às **uniões homoafetivas** de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

Foi nesse contexto que no dia **05 de maio de 2011**, o **Supremo Tribunal Federal**, no julgamento de tais ações, tendo como relator o Exmo. Ministro Ayres Britto, **reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo**, dando *interpretação conforme* a Constituição Federal, para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como **entidade familiar**.

Na ocasião, o Exmo. Ministro Ayres Britto foi seguido pelos Exmos. Ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como Exma. Ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie – decorrendo votação unânime dos presentes.

Tal julgamento, nos termos do **art. 102, § 2º, da Constituição Federal**, possui *“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”*.

No caso concreto, aplica-se a conhecida fórmula jurídica romana, segundo a qual **“onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito”** (“*ubi eadem ratio, ibi eadem jus*”). Desta forma, os **fundamentos** de tal julgamento, ainda que sem o dito efeito vinculante, certamente são aplicáveis ao **instituto de direito civil** denominado **casamento**, inclusive ao mencionado art. 226, § 5º, da Constituição Federal – o que apenas não foi declarado no mencionado precedente histórico do STF, provavelmente porque não era objeto dos pedidos das ações em análise.

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Comarca de Jacareí/SP

2ª Vara da Família e das Sucessões

Corregedoria Permanente do Registro Civil das Pessoas Naturais e de Intenções e Tutelas

Praça dos Três Poderes, s/n, Centro, CEP 12300-902

Fone nº. (12) 3953-5111 / FAX nº 3951-7093

Protocolo nº. 1209/2011 (Conversão de União Estável em Casamento).

Os prováveis entraves a tal entendimento podem advir de discriminação e/ou de convicções religiosas.

Mas o Estado Brasileiro, do qual o Judiciário é um dos Poderes, repudia constitucionalmente a discriminação e é *laico*, ou seja, **não** vinculado a qualquer religião ou organização religiosa.

É bom e necessário que assim seja, pois alguns dogmas ou orientações religiosas muitas vezes se chocam com princípios e garantias da Constituição da República Federativa do Brasil.

A discriminação (ou preconceito) contra homossexuais decorre normalmente de **equivoco sobre a origem “psíquica”** do homossexualismo, e de **dogmas ou orientações religiosas**.

O equivoco de origem “psíquica” é a crença que o homossexualismo e suas variantes (transexualismo etc.) ou a união homoafetiva constituem simples *opção sexual*.

Tal premissa parece equivocada, porque o fenômeno pelo qual um homem ou uma mulher se sente atraído(a) por pessoa do mesmo sexo, a ponto às vezes de repudiar contato íntimo com pessoa do sexo oposto, **não** se mostra como uma *opção*. Tudo indica tratar-se de uma **característica individual** de determinados seres humanos, tão independente da vontade quanto a cor do cabelo, da pele, o caráter, as aptidões etc.

De fato, se no mundo ainda vige forte preconceito contra tais pessoas, e se as mesmas têm de passar por sofrimentos internos, familiares e sociais para se reconhecerem para elas próprias e publicamente com *homossexuais* – às vezes pagando com a própria vida -, parece que, se pudessem *escolher*, optariam pela conduta socialmente mais aceita e tida como “normal”.

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Comarca de Jacareí/SP

2ª Vara da Família e das Sucessões

Corregedoria Permanente do Registro Civil das Pessoas Naturais e de Intenções e Tutelas

Praça dos Três Poderes, s/n, Centro, CEP 12300-902

Fone nº. (12) 3953-5111 / FAX nº 3951-7093

Protocolo nº. 1209/2011 (Conversão de União Estável em Casamento).

O dogma ou orientação religiosa que de forma mais marcante se opõe ao casamento entre pessoas do mesmo sexo é a colocação da **relação sexual procriadora** como principal elemento ou requisito essencial do **casamento**.

Ocorre que o motivo maior de uma **união humana** é – ou deveria ser - o **Amor**, até porque este é pregado pela maioria das religiões, principalmente as cristãs, como o **valor e a virtude máxima e fundamental**.

Fosse de outra forma, muitas religiões não poderiam aprovar casamentos entre pessoas de sexos opostos que não podem ter filhos. E se assim agem, parecem afrontar a Lei Cristã do Amor, e prejudicam a formação da **entidade familiar** ou **família**, que é a **base da sociedade**.

Por outro enfoque, muitos se preocupam com o potencial envolvimento de crianças ou adolescentes na **entidade familiar** formada por pessoas do mesmo sexo. Mas, se esquecem que a falta de planejamento familiar, da qual decorre a geração de crianças sem condições mínimas de sustento e educação, bem como atos abomináveis, como, por exemplo, a remessa de recém nascidos em latas de lixo ou o assassinato dos próprios filhos, são diariamente protagonizados por “casais” de sexos opostos ditos “normais” e/ou por pessoas heterossexuais.

O Brasil, entre outras conhecidas mazelas, é palco da falência da segurança pública, das fronteiras sem controle, da disseminação descontrolada das drogas, da endêmica corrupção, e possui a maior carga tributária, a pior distribuição dos tributos arrecadados e o trânsito que mais mata do planeta Terra.

Assim, pode-se afirmar que no Brasil há situações de fato e de direito muito mais graves para se preocupar, que com a vida de dois seres humanos desejosos de paz e felicidade ao seu modo, sem infringir direitos de ninguém.

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Comarca de Jacareí/SP

2ª Vara da Família e das Sucessões

Corregedoria Permanente do Registro Civil das Pessoas Naturais e de Intenções e Tutelas

Praça dos Três Poderes, s/o, Centro, CEP 12360-902

Fone nº. (12) 3953-5111 / FAX nº 3951-7093

Protocolo nº. 1209/2011 (Conversão de União Estável em Casamento).

Finalmente, cabe anotar que no último dia 17 de junho de 2011, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou uma resolução histórica destinada a promover a igualdade dos seres humanos, sem distinção de orientação sexual. A resolução, que teve aprovação do Brasil, embora sem ações afirmativas, dispõe que *“todos os seres humanos nascem livres e iguais no que diz respeito a sua dignidade e cada um pode se beneficiar do conjunto de direitos e liberdades sem nenhuma distinção”*.

Por todo o exposto, HOMOLOGO a disposição de vontades declarada pelos requerentes do presente procedimento, para CONVERTER em CASAMENTO, pelo regime escolhido da comunhão parcial de bens, a união estável dos mesmos - os quais, por força deste casamento, passam a se chamar respectivamente “LUIZ ANDRÉ REZENDE SOUSA MORESI” e “JOSÉ SÉRGIO SOUSA MORESI”.

Tratando-se esta sentença de ato judicial que substitui a celebração, a mesma tem efeitos imediatos. Assim, lavre-se o registro de casamento e providencie-se o necessário às averbações nos registros dos nascimentos das partes.

No mais, nada sendo requerido em 30 (trinta) dias, arquivem-se os autos.

P.R.I. Ciência ao Ministério Público.

Jacareí/SP, 27 de junho de 2011.

Fernando Henrique Pinto

Juiz de Direito