

## **A VITÓRIA DO CASAMENTO GAY NO STJ**

SILVANO ANDRADE DO BOMFIM  
Mestre em Direito Civil pela Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo (USP).  
Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).  
Advogado.

O ano de 2011 entrará na história pela profunda alteração havida na seara do direito de família, notadamente no que se refere ao direito homossexual. Como se não fosse suficiente a decisão do Supremo Tribunal Federal, ocorrida nos dias 04 e 05 de maio, que no julgamento conjunto da ADI n. 4277 e da ADPF n. 132 equiparou as uniões homossexuais às uniões estáveis heterossexuais, poucos meses depois já temos importante precedente do STJ, abrindo caminho para sedimentar o casamento gay no direito brasileiro.

Isso porque, na tarde da última terça-feira, dia 25 de outubro de 2011, a comunidade gay obteve nos tribunais superiores pátrios a segunda vitória mais importante da história recente do Brasil, qual seja, o reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos (4 x 1), de que é possível a habilitação para o casamento diretamente no Cartório de Registro Civil, sem precisar requerer na Justiça a conversão da união estável homoafetiva em casamento.

A decisão do STJ deu-se no julgamento do Recurso Especial n. 1.183.378-RS, pela 4ª Turma, e que teve como relator o min. Luis Felipe Salomão, ao apreciar recurso de KRO e LP. As recorrentes, que à época da propositura da ação, em 25/03/2009, declararam namoro de aproximadamente 3 anos, tiveram negada a habilitação para o casamento tanto pelo Juízo da Vara de Registros Públicos da Comarca de Porto Alegre-RS, que julgara improcedente o pleito “por impossibilidade jurídica do pedido”, como pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cuja 7ª Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível n. 70030975098, em que fora relator o desembargador José Conrado de Souza Júnior, desprovera o recurso e mantivera íntegra a sentença de primeiro grau, o que ensejou o recuso ao STJ.

O julgamento no STJ teve início no dia 20 de outubro de 2011, e após quatro ministros votarem favoravelmente à tese de casamento homossexual (o relator, seguido pelos ministros Antonio Carlos Ferreira, Isabel Gallotti e Raul Araújo), o julgamento foi interrompido por um pedido de vistas do ministro Marco Buzzi, o qual posteriormente acompanhou o voto do relator, dando provimento ao recurso. Por outro lado, o ministro Raul Araújo, que acompanhara o relator na sessão anterior, mudou seu voto para desprover o recurso ao entendimento de que somente o STF seria competente para tratar da questão, uma vez que não se manifestara a Suprema Corte no julgamento da ADI e da ADPF citadas sobre a possibilidade de casamento homossexual, matéria essa eminentemente constitucional.

De acordo com o voto do relator, acima referido, “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” (grifo no original). Ainda segundo consignou em seu voto, os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homossexual sem afrontar os princípios constitucionais, tais como o da igualdade, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo e livre planejamento familiar.

Uma vez que o STF no julgamento conjunto da ADI n. 4277 e da ADPF n. 132 equiparou as uniões homossexuais às uniões estáveis heterossexuais sem fazer qualquer ressalva quanto à sua extensão, ao contrário, afastando qualquer entendimento diferenciador ou preconceituoso entre ambas as formas de união, permitiu o Pretório Excelso, com isso, que se pudesse extrair da interpretação do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, bem como do art. 1.726 do Código Civil, a possibilidade de conversão das uniões homossexuais em casamento. E permitido esse entendimento, não faria qualquer sentido impedir a habilitação para casamento e sua celebração direta no Cartório de Registro Civil.

O tema não é pacífico, e não o será tão cedo. A decisão do STJ trouxe a todos nós profundas reflexões sobre a evolução do Direito e as mudanças sociais que dele e sobre ele refletem. Vem-nos à lembrança que nas discussões sobre o tema, no Curso de Pós-Graduação da USP, nas aulas do professor Álvaro Villaça Azevedo, na matéria relativa ao Direito de Família, certa ocasião o professor José Fernando Simão indagou a cada um dos presentes sobre sua pessoal posição quanto à possibilidade de casamento gay ou parceria civil, também chamada de união civil, havendo um verdadeiro cisma, ou seja, não houve maioria em qualquer dos lados, mas sim “empate jurídico”, com sólidos argumentos de ambos os grupos.

Verifica-se, pois, que o tema ainda será objeto de intensos debates na doutrina e mesmo na Jurisprudência, posto que a decisão do STJ anteriormente mencionada, embora sirva de parâmetro e de precedente, pode não ser seguida pelos juízes que diversa convicção possuam, em razão do princípio do livre convencimento, além de eventualmente vir a ser em sentido oposto o entendimento da 3ª Turma, caso seja instada a se pronunciar em processo que contenha a mesma matéria. Daí porque no julgamento ocorrido na 4ª Turma o ministro Raul Araújo chegou a propor que o julgamento do recurso especial fosse transferido para a 2ª Seção da Corte, que reúne as duas Turmas (3ª e 4ª) responsáveis pelas matérias de direito privado.

A mudança de paradigma no direito brasileiro é absoluta, sobretudo quando se verifica que desde o “descobrimento” do Brasil pelo reino de Portugal até o advento do Código Penal do Império do Brasil, com a Lei de 16 de dezembro de 1830, a homossexualidade era punida com a morte pelo fogo, cuja tipificação do “crime de sodomia” e sua correspondente pena de morte e confisco de bens constava nas Ordenações (Afonsinas, Livro Quinto, Título XVII; Manuelinas, Livro Quinto, Título XII; Filipinas, Livro Quinto, Título XIII). Cumpre observar que mesmo após a Proclamação da Independência havida em 7 de setembro de 1822, a Assembléia Constituinte decretou a Lei de 20 de outubro de 1823, com a sanção de D. Pedro I, que mandava vigorar no Brasil as Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821. Vale dizer, somente com o advento do Código Criminal do Império é que deixou de ser considerado crime a expressão homossexual.

Muito embora da decisão proferida pelo STJ ainda caiba, em tese, recurso extraordinário ao STF, para eventual análise da possibilidade de casamento homossexual, ao constatar-se a transformação havida na sociedade e no ordenamento jurídico, que de crime punido com a morte passou a união homossexual à condição idêntica à de união estável heterossexual, e, finalmente, ao casamento, a comunidade gay tem mesmo muito o que comemorar.