

## PARECER

### **Possibilidade de Conversão de União Estável Homoafetiva em Casamento Civil.**

Por Paulo Roberto Iotti Vecchiatti<sup>1</sup>

A recente decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo o *status* jurídico-familiar da união homoafetiva enquanto merecedora da proteção da união estável constitucionalmente consagrada com absoluta igualdade de direitos relativamente à união estável heteroafetiva (STF, ADPF n.º 132 e ADIn n.º 4277) fez surgir a “polêmica” sobre a possibilidade de conversão da união estável homoafetiva em casamento civil homoafetivo, por força da parte final do art. 226, §3º, da CF/88, que aduz que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento civil. Contudo, trata-se de uma *falsa polêmica*, na medida em que somente o preconceito (juízo de valor arbitrário) poderia impedir a conversão da união estável em casamento civil pelo simples fato de termos um casal homoafetivo solicitando tal conversão, seja do ponto de vista material, seja do ponto de vista meramente formal, pois temos uma *união estável* em ambos os casos, donde a união estável deve ser passível de conversão em casamento civil em ambos os casos, seja quando formada por um casal heteroafetivo quanto quando formada por um casal homoafetivo.

Com efeito, do **ponto de vista material**, não faz sentido jurídico nenhum reconhecer a união estável homoafetiva, mas não reconhecer o casamento civil homoafetivo, pois estes dois regimes jurídicos visam regulamentar a *família conjugal*, donde reconhecida a união homoafetiva como família conjugal (como reconhecido pelo STF na ADPF n.º 132 e na ADIN n.º 4277, em decisão de *efeito vinculante*), **é obrigatório o reconhecimento do direito ao casamento civil homoafetivo – ora, sendo a família conjugal o objeto de proteção valorativamente protegido pelos regimes jurídicos do casamento civil e da união estável, então afigura-se ilógico e irracional a não-conversão da união estável homoafetiva em casamento civil**, visto ter o STF reconhecido a união homoafetiva como *família conjugal* quando preenchidos os requisitos da união estável (publicidade, durabilidade, estabilidade e intuito de constituir família – mediante comunhão plena de vida e interesses, pautada na lealdade, fidelidade e mútua assistência, que é exatamente o que se exige para a união heteroafetiva ser reconhecida como *família conjugal*), **donde arbitrária esta pretensa não-conversão, pois ela implicaria em afirmar que o casamento civil teria um *status* social superior à união estável para não se permiti-lo às uniões homoafetivas, o que seria uma forma de se menospreza-las, de afirmar que elas seriam menos dignas que as uniões heteroafetivas, o que é claramente discriminatório e afrontoso à isonomia. Assim, afronta a dignidade humana de homossexuais dita afirmação, pois as pessoas merecem a mesma dignidade pelo simples fato de serem pessoas humanas, só se admitindo a relativização da dignidade de uns em relação à de outros ante a existência de motivação lógico-racional que isto justifique (aspecto material da isonomia)<sup>2</sup>, o que inexistente no presente caso, donde não se pode aceitar dito argumento como válido.**

Ademais, do **ponto de vista puramente formal**, o art. 226, §3º, da CF/88 determina obrigatoriamente a possibilidade da conversão da união estável em casamento civil, donde reconhecida a união homoafetiva como união estável, **tem-se ordem constitucional obrigando**

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino/Bauru (2010); Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/PUC-SP (2008); Bacharel em Direito pelo Instituto Presbiteriano Mackenzie (2005); Advogado – OAB/SP n.º 242.668; Autor do Livro “Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos”; co-autor do livro “Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo” (organizado por Maria Berenice Dias, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011).

<sup>2</sup> Esta parece ser a posição de **Ingo Wolfgang Sarlet** quando afirma que: “Assim, considerando que também o princípio isonômico (no sentido de tratar os desiguais de forma desigual) é, por sua vez, corolário direto da dignidade, forçoso admitir – pena de restarem sem solução boa parte dos casos concretos – que a própria dignidade individual acaba, ao menos de acordo com o que admite parte da doutrina constitucional contemporânea, por admitir certa relativização, desde que justificada pela necessidade de proteção da dignidade de terceiros, especialmente quando se trata de resguardar a dignidade de todos os integrantes de uma determinada comunidade” (SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, pp. 133-4 – grifo nosso).

**a possibilidade de sua conversão em casamento civil.** Logo, devido ao reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da **união homoafetiva como união estável constitucionalmente protegida e merecedora de “absoluta igualdade”** relativamente à união estável heteroafetiva (consoante voto do Min. Ayres Britto), os cartórios de registro civil são obrigados a permitir a conversão da união estável homoafetiva em casamento civil a todos os casais homoafetivos que o desejarem.

Cabe aqui lembrar que **a união estável é um instituto uno, não havendo distinção entre a chamada união estável homoafetiva e a chamada união estável heteroafetiva, donde a imposição do art. 1.726 do CC/02 de conversão de união estável em casamento civil ao casal que o deseje evidentemente abarca a união estável homoafetiva por ser ela uma união estável.**

É o que já foi decidido pelos dois juízos de família de Brasília ao converterem uniões estáveis homoafetivas em casamento civil, senão vejamos<sup>3</sup>:

*[...] Com a decisão prolatada o Supremo Tribunal Federal aboliu qualquer interpretação que pretendesse diferenciar as relações homoafetivas das heteroafetivas, ressaltando que o instituto da família abrange e protege ambas e, em consequência, concluiu que é possível a união estável homoafetiva nos mesmos moldes em que ocorre a união estável heteroafetiva. [...] **A união estável não é um gênero que se subdividiria em união estável homoafetiva e união estável heteroafetiva. Não existem espécies de união estável, seja a relação hetero ou homoafetiva o instituto é uno,** assim como seus requisitos são únicos, ou seja, uma vez configurada uma relação duradoura, pública e contínua, com intuito de constituir família, é união estável, sem qualquer distinção em relação à orientação sexual daqueles que a integram. Isso também importa reconhecer que todos os efeitos e consequências previstos no instituto da união estável se aplicam, indistintamente, a qualquer relação duradoura, pública e contínua, com intuito de constituir família, entre duas pessoas. [...] **Cedico que uma das consequências da união estável é a sua conversão em casamento,** conversão essa que deve ser facilitada, e é exatamente isso que pretendem as requerentes através da presente ação. [...] **Cumpra observar que, apesar da proteção outorgada pela Constituição a esse novo conceito de família, ainda existem importantes consequências a depender da espécie de entidade familiar formada.** [...] **Desse modo, há de se reconhecer às requerentes o pleito de conversão em casamento, em obediência e prestígio à decisão suprema, que deu uma interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil, para dele excluir qualquer 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’.** **Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva.** [...] **Desse modo, DECLARO a UNIÃO ESTÁVEL existente entre [...] e, NA PRESENTE DATA, CONVERTO-A EM CASAMENTO [...]** (grifos nossos)*

(TJDF/Brasília, Processo n.º 101695-7/2011, 04ª Vara de Família, proferida em 28/06/2011 – doc. anexo – disponível em decisão esta que, em outro trecho, citou artigo deste autor sobre a ausência de fundamentação válida ante a isonomia a justificar a negativa do casamento civil homoafetivo, como adiante demonstrado)

*[...] Conforme lançado pela ilustre Juíza desta Corte, Dra. Junia de Souza Antunes, em julgamento de caso idêntico (101.695-7/2011 – 4ª Vara de Família de Brasília), **A união estável não é um gênero que se subdividiria em união estável homoafetiva e união estável heteroafetiva. Não existem espécies de união estável, seja a relação hetero ou homoafetiva o instituto é uno,** assim como seus requisitos são únicos, ou seja, uma vez configurada uma relação duradoura,*

<sup>3</sup> Ambas disponíveis com outras no seguinte link: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=4> (acesso em 15/09/11).

*pública e contínua, com intuito de constituir família, é união estável, sem qualquer distinção em relação à orientação sexual daqueles que a integram. Isso também importa reconhecer que todos os efeitos e conseqüências previstos no instituto da união estável se aplicam, indistintamente, a qualquer relação duradoura, pública e contínua, com intuito de constituir família, entre duas pessoas' Nos termos do dispositivo da decisão do Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento da união estável homoafetiva 'é de ser feito segundo as mesmas regras e mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva'. Logo, reconhecida a união estável homoafetiva, não há óbice à conversão daquela em casamento, em conformidade com o disposto no art. 1.726 do Código Civil independentemente do ato de celebração (art. 232 do Provimento Geral da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios). Essa conformação jurisprudencial exalta o conceito contemporâneo de família assentado na afetividade entre os seus integrantes, independentemente da formação (heteroafetiva, homoafetiva, matrimonial, monoparental, anaparental, pluriparental etc). Assim, mostrando-se legítimas as pretensões das requerentes, na medida em que se apresentam conforme os preceitos constitucionais que vedam a discriminação em razão do sexo e sobrelevam a dignidade da pessoa humana, e considerando que, conforme exsurge das declarações das requerentes e das testemunhas, não estão presentes nenhum dos impedimentos relacionados no art. 1.521 do Código Civil, bem como demonstrada a convivência pública, contínua e duradoura desde 21 de julho de 2006, a procedência dos pedidos é medida que se impõe. [...] Ante o exposto, julgo procedentes os pedidos formulados na inicial para: [...] CONVERTER, nesta data, a união estável das requerentes em casamento [...]. (grifos nossos)*  
(TJDF/Brasília, Processo n.º 2011.01.1.145424-4, 05ª Vara de Família, proferida em 28/06/2011 – doc. anexo)

Aliás, foi a enfática manifestação do **Ministro Marco Aurélio**, na notícia “Casamento gay chegará ao STF”, do Correio Brasiliense de 30/06/2011, senão vejamos: “O ministro Marco Aurélio Mello foi enfático ao opinar que não há dúvidas de que o casamento civil está englobado pela decisão tomada em maio pela Suprema Corte. **‘Se a união estável entre homem e mulher alcança o casamento, creio que, por via de consequência, temos a placitação (aprovação) desse instituto’, destacou**”<sup>4</sup>.

Lembre-se que a única hipótese de união estável que não era passível de conversão em casamento civil era aquela formada por pessoas que, apesar de casadas, se encontravam separadas judicialmente ou separadas de fato de seus cônjuges – mas neste caso havia uma fundamentação válida ante a isonomia e razoabilidade para não se permitir a conversão da união estável em casamento: um dos companheiros (ou ambos) era(m) casado(s), donde a conversão desta união estável em casamento implicaria em bigamia, que é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, sobre a lógica e teleologia da decisão do Supremo Tribunal Federal, cumpre destacar que **o STF só estendeu o regime jurídico da união estável à união homoafetiva em razão de entender que a união homoafetiva constitui uma família conjugal e por entender que não existe norma jurídica proibitiva de tal exegese**, o que afasta a alegação de impossibilidade jurídica de tal exegese e permite a aplicação de interpretação extensiva ou analogia para reconhecer a possibilidade jurídica da união estável e do casamento civil por casais homoafetivos, **pois a família conjugal é o objeto valorativamente protegido pelos regimes jurídicos da união estável e do casamento civil.**

---

<sup>4</sup> Cf. **Correio Braziliense - 30/06/2011 – in:**

<https://conteudoclipingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2011/6/30/casamento-gay-chegara-ao-stf/>  
(acesso em 15/09/2011).

Cabe aqui lembrar que a doutrina foi sempre uníssona no sentido de que não há proibição normativa ao casamento civil homoafetivo, seja nos *impedimentos matrimoniais* ou em qualquer outro lugar, posicionamento este que sempre invocou a esdrúxula *teoria da inexistência do ato jurídico* para negar o casamento civil homoafetivo por sempre considerar tal negativa uma “obviedade” decorrente do fato de “em nenhum lugar/tempo” ter ele sido reconhecido, **o que sequer é mais aplicável ao mundo contemporâneo** ante os diversos países que já reconhecem o casamento civil homoafetivo (Holanda, Bélgica, África do Sul, Espanha, Canadá, Massachussets/EUA, Nova Iorque/EUA etc), sem falar no fato de que tal doutrina é flagrantemente inconstitucional quanto a atos existentes no mundo fático por afronta ao **art. 5º, inc. II, da CF/88**, que exige norma jurídica proibitiva de uma situação para que ela seja tida como ilícita/inconstitucional, o que é **notório/incontroverso** que inexistente no presente caso.

**Assim, sendo a família conjugal o objeto de proteção valorativamente protegido também pelo casamento civil, então toda a fundamentação utilizada pelo STF para reconhecer a união homoafetiva como união estável é plenamente aplicável para reconhecer o direito de casais homoafetivos terem acesso ao regime jurídico do casamento civil.**

Ainda sobre a lógica e teleologia da decisão do STF, vale citar que mesmo **Lenio Streck**<sup>5</sup>, que se opõe à união estável homoafetiva sem alteração da legislação, **afirmou em artigo que a decisão do STF deve ser cumprida e que isso significa reconhecer o direito de casais homoafetivos terem acesso ao casamento civil**, por ser isto uma decorrência lógica de tal decisão. Ou seja, mesmo discordando da decisão do STF (no que se equivoca), Streck reconhece que a decisão confere o direito ao casamento civil a casais homoafetivos, que é justamente a *neutralidade possível* que se exige do intérprete (concorde ou não, deve cumprir a decisão). Vejamos os trechos essenciais deste artigo:

*Vejamos o que consta no voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto. Nele, deu-se interpretação conforme a Constituição: ‘para dele excluir qualquer 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’. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva’. (destacamos)*

*Já o ministro Celso de Mello, ao concluir seu voto, julgou procedente a ação constitucional, para, com efeito vinculante, declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, além de também reconhecer, com idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo.*

*Analizando a parte dispositiva do voto matriz e de relatoria, os efeitos deste reconhecimento não se prestaram tão somente ao exercício da nomenclatura união estável àqueles que se encontram nesta condição, mas também, óbvio, a eles se garantiu os mais (e todos) fundamentais efeitos tais como recebimento de pensão e herança, partilha de bens, adoção, mudança de nome e, em especial o direito da conversão ao casamento civil, objeto mais apurado de defesa deste artigo.*

*Mesmo que no voto relator não haja expressa menção sobre o detalhamento da extensão dos direitos garantidos pelo reconhecimento mencionado, por uma*

<sup>5</sup> STRECK, Lenio. LUIZ, Rogério. LIMA, Montai de. **O direito de conversão da união estável em casamento nas relações homoafetivas.** Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI137382,41046-O+direito+de+conversao+da+união+estavel+em+casamento+nas+relacoes> (acesso em 15/09/2011).

**interpretação mais acurada dos efeitos do que foi decidido é nítida a possibilidade para a conversão do casamento civil entre homossexuais companheiros, segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências de uma relação heterossexual.**

O objetivo deste artigo, portanto, é trabalhar com o (novo) texto produzido pelo STF. Afinal, como bem diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto (e o acórdão do STF é um texto), deixe primeiro que o texto te diga algo. Mesmo não concordando com o texto produzido pelo STF, a norma a ele atribuída não pode ignorar os mínimos elementos semânticos. Consequentemente, temos de interpretá-lo sob a luz dos efeitos que possa produzir, em especial demonstrar que se houve por bem efetivar um **direito igualitário**, que todos seus efeitos devem caminhar pela mesma trilha, sem exceção, **inclusive a possibilidade da conversão da união estável em casamento.**

Se se pretendeu igualar liberdades públicas, que estas sejam levadas interpretadas de forma integral e sem pítadas de restrição. Do contrário, de nada valeria enquadrar excluídos de uma categoria em uma determinada entidade familiar, se estes não pudessem exercer todos os direitos como integrantes de tais. Ou seja, a decisão do STF não pode ser como uma montanha que dá a luz um ratinho...!

**A tese vencedora que exurgiu do plenário do STF fundamentou-se, em especial, nos princípios da igualdade, liberdade, dignidade e privacidade. Uma leitura, mesmo que superficial, aponta para a possibilidade da conversão da união estável em casamento igualitário.**

De toda sorte, como já dissemos anteriormente, não se pretende discutir erros ou acertos do que decidiu o STF, mas, uma vez reconhecido que a união estável também se aplica a casais de sexo idêntico, não seria lógico impor restrições aos direitos provenientes do instituto.

**Logo, perfeitamente possível a aplicação do art. 1726 do CC, podendo os conviventes, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz para posterior assento no Registro Civil da Circunscrição de seus domicílios, até porque a Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos de Constitucionalismo Contemporâneo é a manifestação do grau de autonomia do direito e a partir da hermenêutica filosófica, é perfeitamente possível alcançar uma resposta constitucionalmente adequada – a partir do exame de cada caso.**

Numa palavra final: na democracia, podemos discordar das decisões dos Tribunais. Mesmo quando o equívoco advém do Tribunal Maior, a função da doutrina é o de elaborar um discurso crítico, criando, até mesmo, sendo o caso, “constrangimentos epistemológicos”. Entretanto, **o que não se pode fazer é deixar de cumprir a decisão. (grifos nossos)**

Por outro lado, **não há fundamento válido ante a isonomia para justificar o tratamento desigual da união estável homoafetiva relativamente à união estável heteroafetiva**, ante a ausência de fundamentação lógico-racional que justifique a discriminação pretendida (negativa de conversão em casamento civil) com base no critério diferenciador erigido (homogeneidade/diversidade de sexos do casal)<sup>6</sup>. Com efeito, no mundo inteiro, são apresentadas

<sup>6</sup> Como se sabe, a discriminação juridicamente válida existe apenas quando leis diferenciadoras abranjam pessoas indeterminadas e indetermináveis no momento da eleição do critério desigualador, que a desigualação seja uma decorrência lógico-racional do critério diferenciador erigido e que dita discriminação, por mais lógico-racional que seja, seja decorrente dos valores constitucionalmente consagrados. Nesse sentido, a clássica lição de Celso Antonio Bandeira de Mello em MELLO, Celso Antonio Bandeira de. ***Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade***, 3ª Edição, 11ª Tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003. Ademais, sabe-se igualmente que há um ônus argumentativo para aquele que pretende o tratamento diferenciado, cabendo a tal pessoa comprovar a pertinência

sempre as mesmas “razões” para se negar o direito de casais homoafetivos de acesso ao casamento civil: capacidade procriativa, vontade da maioria e religião. Contudo:

(i) a **capacidade procriativa** não é critério diferenciador, na medida em que casais heteroafetivos estéreis, que não a possuem, não são impedidos de se casar e não deixam de ser reconhecidos enquanto família conjugal por sua mera esterilidade, razão pela qual a invocação da capacidade procriativa para impedir o acesso de casais homoafetivos ao casamento civil implica na adoção de *dois pesos e duas medidas* para a mesma situação (casais estéreis nos dois casos, sendo irrelevante a esterilidade ser decorrente da homogeneidade de sexos ou de problemas genético-biológicos de um ou ambos os integrantes do casal heteroafetivo, pois **se o critério for a “capacidade procriativa”, então não é relevante a origem da incapacidade procriativa**, sendo relevante apenas a sua existência no caso concreto). Logo, ante a não-proibição do casamento civil entre casais heteroafetivos estéreis, tem-se que a capacidade procriativa não é critério diferenciador (mesmo porque tal “critério” seria inconstitucional por afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, visto que estaria negando igual dignidade, respeito e consideração jurídica a famílias conjugais por sua mera esterilidade, que é irrelevante por ser a família conjugal formada pelo amor romântico que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura/*amor familiar*, não pela capacidade procriativa do casal);

(ii) **voluntarismo majoritário** não é critério válido de discriminação, ante ser basilar na teoria constitucional que mesmo a maioria deve se submeter às normas constitucionais enquanto não alterá-las ou convocar nova constituinte para suprimi-las caso se tratem de cláusulas pétreas, bem como que os direitos fundamentais têm a função de proteger as minorias dos desmandos despóticos da maioria, donde a maioria não tem o direito de negar direitos fundamentais a uma minoria, como bem ressaltado nos votos dos **Ministros Celso de Mello<sup>7</sup> e Marco Aurélio<sup>8</sup>** no

---

lógico-racional do tratamento diferenciado e sua coerência com os valores constitucionalmente consagrados. Nesse sentido: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 5ª Edição Alemã, 1ª Edição Brasileira, São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 407-409; RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual: a Homossexualidade no Direito brasileiro e Norteamericano**, Porto Alegre: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 53-54, que bem sintetiza a lição de Alexy na obra citada com a seguinte lição: “Somente diante de uma razão suficiente para a justificação do tratamento desigual, portanto, é que não haverá violação do princípio da igualdade. Ora, a suficiência ou não da motivação da diferenciação é exatamente um problema de valoração. Neste quadro, ante a inexistência de uma razão suficiente, a máxima da igualdade ordena um tratamento igual; para tanto expressar, Alexy assim formula, de modo mais preciso, a **máxima de igualdade**: ‘Se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual’. Inexiste razão suficiente sempre que não for alcançada fundamentação racional para a instituição da diferenciação; este dever de fundamentação impõe uma carga de argumentação para que se justifiquem tratamentos desiguais. [...]” (grifos nossos)

<sup>7</sup> **Ministro Celso de Mello**: “É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito. Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão. Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional. Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 24.849/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 26.441/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). [...] A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo,

juízo da ADPF n.º 132 e da ADIn n.º 4277, o primeiro destacando a proteção das minorias por intermédio dos direitos fundamentais contra voluntarismos majoritários como condição indispensável para o respeito a uma concepção material de democracia constitucional ante o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática. Mesmo porque, como bem decidido pela Suprema Corte dos EUA nos casos *Romer vs. Evans* e *Lawrence vs. Texas*, o mero moralismo majoritário não constitui uma base racional para justificar discriminações jurídicas, visto que a mera antipatia contra determinado grupo ou o mero desejo (“*animus*”) de prejudicá-lo não constitui fundamento lógico-racional que justifique o tratamento diferenciado, visto não estar relacionado com nenhum bem constitucionalmente reconhecido. Assim, **considerando que a união homoafetiva constitui uma família conjugal, que ela foi assim reconhecida pelo STF<sup>9</sup> e considerando que a família conjugal constitui o objeto de proteção valorativamente protegido pelo regime jurídico do casamento civil, tem-se que a vontade homofóbica de uma eventual maioria que venha a se opor ao casamento civil homoafetivo não configura critério válido de discriminação**, donde o argumento é

---

*há de ter conseqüências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República. Desse modo, e para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados. Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1.º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia – consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “Fundamentos de Direito Constitucional”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País”* (grifos do original).

<sup>8</sup> Ministro Marco Aurélio: “No mais, ressalto o caráter tipicamente contramajoritário dos direitos fundamentais. De nada serviria a posituação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante. Ao assentar a prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República, como o fez no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 633.703, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando declarou a inconstitucionalidade da aplicação da ‘Lei da Ficha Limpa’ às eleições de 2010, por desarmonia com o disposto no artigo 16 da Carta Federal. Assim já havia procedido em outras oportunidades, tal como na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.351/DF, de minha relatoria, relativamente aos pequenos partidos políticos, no célebre caso ‘Cláusula de Barreira’” (grifo nosso).

<sup>9</sup> Sobre o tema, é paradigmático o voto do Ministro Luiz Fux, senão vejamos: “O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a **comunhão**, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a **identidade**, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional. [...] Pois bem. **O que distingue, do ponto de vista ontológico, as uniões estáveis, heteroafetivas, das uniões homoafetivas?** Será impossível que duas pessoas do mesmo sexo não tenham entre si relação de afeto, suporte e assistência recíprocos? Que criem para si, em comunhão, projetos de vida duradoura em comum? Que se identifiquem, para si e para terceiros, como integrantes de uma célula única, inexoravelmente ligados? A resposta a essas questões é uma só: **Nada as distingue**. Assim como companheiros heterossexuais, companheiros homossexuais ligam-se e apoiam-se emocional e financeiramente; vivem juntos as alegrias e dificuldades do dia-a-dia; projetam um futuro comum. Se, ontologicamente, união estável (heterossexual) e união (estável) homoafetiva são simétricas, não se pode considerar apenas a primeira como entidade familiar. Impõe-se, ao revés, entender que **a união homoafetiva também se inclui no conceito constitucionalmente adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexos opostos**. [...] É certo que o ser humano se identifica no agrupamento social em que vive, desde a sua célula mais elementar: a família. Permitir ao indivíduo identificar-se publicamente, se assim o quiser, como integrante da família que ele mesmo, no exercício da sua autonomia, logrou constituir, é atender ao princípio da dignidade da pessoa humana; permitir ao homossexual que o faça nas mesmas condições que o heterossexual é observar o mesmo respeito e a mesma consideração – é atender à igualdade material consagrada na Constituição. [...] A aplicação da política de reconhecimento dos direitos dos parceiros homoafetivos é imperiosa, por admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra. Ao invés de forçar os homossexuais a viver de modo incompatível com sua personalidade, há que se acolher a **existência ordinária de orientações sexuais diversas** e acolher uma **pretensão legítima** de que suas relações familiares mereçam o tratamento que o ordenamento jurídico confere aos atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de causar dano às partes envolvidas ou a terceiros. Ressalte-se este último ponto: uma união estável homoafetiva, por si só, não tem o condão de lesar a ninguém, pelo que não se justifica qualquer restrição ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença”. (grifos do original)

inaceitável para tal fim. A opinião da maioria da população torna-se irrelevante a partir do momento em que se conclui que a interpretação do ordenamento jurídico-constitucional demanda pela aplicação da interpretação extensiva ou da analogia para estender os regimes jurídicos do casamento civil e da união estável aos casais homoafetivos, pois, como se sabe, o **princípio do Estado de Direito** significa que vivemos em um *governo de leis e não de Homens* – para usar a expressão consagrada (ainda que sejam leis interpretadas por Homens) –, o que significa que **o ordenamento jurídico se aplica a todos indistintamente, mesmo às maiorias, que a ele tem que se submeter**. Isso não afronta a democracia porque esta é atualmente entendida como o regime jurídico de defesa dos direitos fundamentais, não como despotismo das maiorias. Se estas não mais concordam com o ordenamento jurídico, que o alterem ou convoquem uma nova Constituinte se a questão versar sobre cláusulas pétreas – assumindo os riscos e consequências dessa atitude. Mas o *governo de leis* significa que não é a conveniência e/ou a arbitrariedade da maioria que vai determinar as regras de convivência social: isso é determinado pelas normas jurídicas, donde estas se aplicam mesmo contra a vontade majoritária<sup>10</sup>. Logo, a partir do momento em que a família conjugal contemporânea forma-se pelo **amor familiar** (amor romântico que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura<sup>11</sup>), que é o elemento valorativamente protegido pelas leis do casamento civil e da união estável, assim como considerando que as uniões homoafetivas são

---

<sup>10</sup> Ou seja, se a interpretação jurídica aponta para uma solução e a vontade majoritária para outra, há de prevalecer a interpretação jurídica, sob pena de afronta ao **princípio do Estado de Direito**, o que significa ser irrelevante a inexistência de consenso popular sobre a conclusão da decisão judicial. Esta deve se pautar exclusivamente na interpretação dos enunciados normativos constantes do ordenamento jurídico (às normas a eles explícitas ou implícitas) e em nada mais. Aliás, essa é a lógica do princípio da *separação dos poderes*, que desde **Montesquieu** se pauta na lógica dos freios e contrapesos, no sentido de que um *Poder* deve controlar eficazmente o outro; cumprindo lembrar que o próprio **Montesquieu** já falava que “*Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder*” (MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**, Tradução de Edson Bini, 1ª Edição, São Paulo: Editora Edipro, 2004, p. 189). “*E mesmo Montesquieu não entendia esta separação como um fim em si mesma, mas como algo útil à sua concepção de separar para limitar*” (PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de Injunção**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 1999, p. 107). Nesse sentido, o Judiciário controla o Legislativo por ser ele quem dá a palavra final sobre a interpretação dos enunciados normativos vigentes no país; por sua vez, o Legislativo controla o Judiciário mediante a alteração dos enunciados normativos quando a interpretação do Judiciário não lhe agrada – e, se o dispositivo constitucional for uma *cláusula pétrea*, a maioria pode perfeitamente convocar uma nova Constituinte para que a nova Constituição seja elaborada da forma que melhor lhe convenha, assumindo os riscos inerentes à elaboração de uma nova Constituição, como a ausência de limites para alterações (risco este que não resta afastado, mas agravado, com a admissão da alteração das próprias cláusulas pétreas pela inaceitável tese da *dupla reforma*, que acaba por permitir o mesmo risco de ausência de limites para alterações ao propugnar pela possibilidade de se alterar o artigo que estabelece as cláusulas pétreas para, posteriormente, alterá-las, o que claramente afronta a *ratio* constitucional de eternidade das cláusulas pétreas, pois a imutabilidade do dispositivo que enuncia o caráter pétreo de outras cláusulas constitucionais é uma norma claramente implícita ao mesmo, pela obviedade segundo a qual, do contrário, de *imutáveis* as cláusulas pétreas nada terão. É uma questão de pura lógica). Essa é a lógica do princípio da *separação dos poderes*, que é relevante para este caso justamente para demonstrar que a vontade majoritária deve ser irrelevante à interpretação jurídica, pois a vontade majoritária encontra-se representada pelo Legislativo, que pode controlar a interpretação atribuída aos enunciados normativos pelo Judiciário pela forma supra exposta, razão pela qual afigura-se absolutamente descabido afirmar que as decisões judiciais deveriam ser precedidas de *consenso* popular.

<sup>11</sup> O elemento formador da família contemporânea é o **amor familiar**, a saber, o amor que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura (*amor romântico-familiar*, no caso da *família conjugal*), conforme VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Método, 2008, pp. 196-211 (“2.4.1. O Amor Familiar como o Elemento formador da Família Contemporânea”). Sobre o tema, vide a excelente lição de RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito**, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, pp. 103-105, que explica a superação da opressora *família hierárquico-patriarcal* [na qual o homem mandava despoticamente na sociedade conjugal heteroafetiva], sua evolução para a *família fusional* [que se forma e se mantém apenas se houver afeto romântico na relação conjugal] e a chegada da família pós-moderna, do século XXI, na qual as relações se pautam muito mais na solidariedade e no afeto do que na mera função procriativa da família [*família eudemonista*, a que se forma e se mantém unicamente se isto trouxer felicidade aos seus membros]. Evidentemente, **Maria Berenice Dias** merece especial menção, que consagrou a concepção de *família afetiva* no Direito Brasileiro mediante a cunhagem do termo *homoafetividade* para destacar o *status* jurídico-familiar da união homoafetiva em sua obra atualmente nominada DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva. O Preconceito & a Justiça**, 4ª Edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.



pautadas por este *amor familiar* que justifica a proteção do Direito das Famílias às uniões heteroafetivas, então a isonomia impõe a aplicação da interpretação extensiva ou analogia<sup>12</sup> para possibilitar o casamento civil e a união estável a casais homoafetivos, ante a ausência de motivação lógico-racional que justifique entendimento contrário (interpretação extensiva por considerarmos as situações idênticas, por ambas formarem família conjugal, mas caso se considere que o fato de termos duas pessoas do mesmo sexo em um caso e duas pessoas de sexos diversos em outro uma “diferença”, cabível então a analogia por ser a família conjugal o fato valorativamente protegido também pelo casamento civil – ou seja, por ser aquilo que é *essencial* ao mesmo). Goste ou não a maioria, isto é o que o Direito pátrio impõe<sup>13</sup> através dos **direitos fundamentais** à igualdade e ao respeito de sua dignidade conferidos a todos os cidadãos brasileiros, inclusive aos cidadãos homossexuais. Trata-se de uma questão de direitos fundamentais que, enquanto vigentes em nosso ordenamento jurídico-constitucional, encontra-se fora do alcance de deliberações majoritárias<sup>14</sup>;

---

<sup>12</sup> Quanto à definição da interpretação extensiva e sua diferença da analogia, cite-se a saudosa lição de **Miguel Reale**: “[...] o pressuposto do **processo analógico** é a existência reconhecida de uma lacuna na lei [ao passo que] Na **interpretação extensiva**, ao contrário, parte-se da admissão de que a norma existe, sendo suscetível de ser aplicada ao caso, desde que estendido o seu entendimento além do que usualmente se faz; É a razão pela qual se diz que entre uma e outra há um grau a mais na amplitude do processo integrativo”. (REALE, Miguel, **LIÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO**, 27ª Edição, 4ª tiragem, São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 298 – grifos nossos). Considera-se aqui que união homoafetiva e união heteroafetiva são idênticas, por serem ambas *famílias conjugais* por pautadas pelo *amor familiar*; mas, caso se considere que haveria alguma “diferença” entre ambas, então cabível analogia por serem *idênticas no essencial*, justamente por serem ambas famílias conjugais por pautadas pelo amor familiar.

<sup>13</sup> Como demonstrado, o princípio do Estado de Direito significa que vivemos sob a égide de um *governo de leis e não de Homens*, donde a vontade majoritária não deve ter nenhuma influência na interpretação jurídica. Se a evolução da racionalidade humana enseja uma drástica **mutação normativa** (mudança na interpretação do mesmo enunciado normativo, amplamente reconhecido na teoria constitucionalista pela aceitação uníssona do fenômeno da **mutação constitucional**), isso não significa que a maioria da sociedade tenha que isto aceitar. Quando a doutrina estadunidense mudou seu pensamento segregacionista do *separados mas iguais* (que permitia a segregação de negros em relação a brancos) para admitir a completa igualdade entre negros e brancos e mesmo para permitir *ações afirmativas* (como quotas sociais) em favor de negros a partir de uma nova interpretação do **mesmíssimo** dispositivo constitucional (o enunciado normativo da isonomia estadunidense não se alterou; mudou apenas a valoração da situação fática pelos julgadores quando confrontada com a igualdade do Direito Estadunidense), isso não se deu com a aceitação da maioria da sociedade – que ainda possuía uma enormidade de pessoas que ainda achavam correto discriminar negros por sua mera cor de pele. Isso mostra que a interpretação jurídica, mesmo quanto a mutações normativas (sem alteração de texto), independe da concordância da maioria da população. Ademais, o Judiciário possui plena legitimidade democrática, consubstanciada na aplicação dos enunciados normativos aprovados pela maioria. É a **legitimidade tecnocrática do Judiciário**, que tem legitimidade democrática oriunda do fato de pautar suas decisões nos enunciados normativos aprovados pelo povo, por intermédio de seus representantes eleitos pelo voto direto – veja-se definição da legitimidade tecnocrática do Judiciário em TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 507, segundo a qual “O caráter técnico, ao proporcionar uma neutralidade axiológica, garante que o órgão possa fazer atuar o Direito positivado”. Cabe aqui apontar que a neutralidade judicial não supõe que o juiz não tenha ideologias próprias, mas apenas que, entre a sua ideologia e a ideologia positivada no ordenamento jurídico, ele deva dar prevalência a esta.

<sup>14</sup> Nesse sentido, vide a lição de **José Afonso da Silva**, para quem “democracia é o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 25ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 132). Essa concepção decorre da correta noção segundo a qual o Estado Democrático visa a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana (Ibidem, p. 117) – ou seja, a democracia existe para garantir a prevalência dos direitos fundamentais, donde ainda que a maioria queira desrespeitar os direitos fundamentais de quem quer que seja, a vontade majoritária será inválida por inconstitucional, encontrando-se a maioria condicionada pelos termos da Constituição, o que só pode ser superado por uma nova Assembléia Nacional Constituinte. Afinal, como bem diz **André Ramos Tavares**: “A democracia só será plena quando estiver presente (não como suficiente) o modelo majoritário e, além dele, estiverem assegurados os direitos e liberdades fundamentais, o princípio da subordinação de todos à lei (**governo de leis e não de homens**), e desde que existam mecanismos que assegurem que a maioria não sufocará os correlatos direitos da minoria, alcançados após uma longa evolução história de conquistas. ‘Ora, o princípio da que o Direito é o que a maioria disser que é Direito não cumpre integralmente o princípio democrático, tal como é atualmente compreendido. Daí se saca a legitimidade do Tribunal Constitucional [e, portanto, do Judiciário em geral], amoldado a essa nova perspectiva democrática, sem a qual o Direito se afastaria da igualdade, da liberdade, da justiça e do conceito de dignidade da pessoa humana, que justificam a sua própria existência (Tavares, 1998: 84)” (Ibidem, p. 509). Para finalizar o tema da democracia, cabe

(iii) **motivos religiosos** igualmente não são argumentos juridicamente aceitáveis por força do princípio da laicidade estatal, que veda a utilização de argumentos religiosos para fundamentar decisões jurídicas, pois tal utilização caracterizaria “aliança” com a religião em questão, algo vedado expressamente pelo **art. 19, inc. I, da CF/88** – cumprindo lembrar que nenhuma instituição religiosa será obrigada a celebrar casamentos homoafetivos por estarmos tratando aqui de casamento *civil*, não de casamento religioso – cabendo anotar que o STF, no julgamento da **ADIn n.º 2.076**, deixou expresso que a expressão “*sob a proteção de Deus*”, do preâmbulo constitucional, não constitui norma jurídica, ao passo que, mesmo que o fosse, sua *concordância prática* com a laicidade estatal do art. 19, inc. I, da CF/88 demandaria que não fosse aceita a influência da religião sobre o Direito, que ocorreria caso se aceitassem fundamentações religiosas para pautar decisões jurídicas (o que configuraria, no mínimo, a *aliança* expressamente vedada por tal dispositivo constitucional – a compatibilização demanda pelo respeito à liberdade de religiosa e de culto das religiões, sem permitir que qualquer religião, mesmo majoritária, dite os rumos do Direito pátrio, mesmo porque liberdade religiosa garante o direito de não ter sua vida regida pela religião alheia, como bem destacam **Canotilho e Vital Moreira**<sup>15</sup> em sua *Constituição da República Portuguesa Anotada*). Anote-se, ainda, que *teorias de Direito Natural*, teológicas ou racionalistas, não têm substrato jurídico-constitucional em um sistema de Constituição Rígida que não o reconheça, consoante reconhecido pelo STF no julgamento da **ADIn n.º 815**, que disse que teorias de supremacia de normas *supra-positivas* são incompatíveis com o ordenamento jurídico de uma Constituição Rígida – mesmo porque o subjetivismo inerente a teorias de *Direito Natural* afronta o princípio da segurança jurídica, ante a ausência de um critério seguro de definição sobre o que configuraria o *Direito Natural Supra-Positivo*, donde considerações a esse respeito não devem ser levadas em consideração, devendo-se discutir apenas aquilo que reste reconhecido expressa ou implicitamente pela Constituição Federal.

Sobre a ausência de motivação válida ante a isonomia a justificar a discriminação das uniões homoafetivas relativamente às uniões heteroafetivas, também vale citar o voto do **Ministro Luiz Fux** no julgamento da ADPF n.º 132 e da ADIn n.º 4277, senão vejamos:

*Nesse diapasão, a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais não resiste ao teste da isonomia. Para tanto, recorde-se, novamente, o magistério de ROBERT ALEXY (ob. cit., p. 395 e seguintes), para quem, **inexistindo razão suficiente para o tratamento jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico**. Não há qualquer argumento razoável que ampare a diferenciação ou a exclusão das uniões homoafetivas do conceito constitucional de família. Deveras, os únicos fundamentos para a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, para fins de proteção jurídica sob o signo constitucional da família, são o preconceito e a intolerância, enfaticamente rechaçados pela Constituição já em seu **preâmbulo** (“[...]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**, [...]”) e também no inciso IV do art. 3º (“promover o bem de todos, **sem preconceitos** de origem, raça, **sexo**, cor, idade e **quaisquer outras***

---

aqui o espiritualoso (e preciso/perfeito) exemplo auto-explicativo de **Luís Roberto Barroso**<sup>14</sup>, que justifica o acerto de todo o exposto sobre o conteúdo jurídico do princípio democrático: “A Constituição de um Estado democrático deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla e o governo da maioria. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. **Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número**. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos” (BARROSO, Luís Roberto. **O Judiciário entrou na política**, in Migalhas de Peso. Disponível em: [http://www.migalhas.com.br/mostra\\_noticia\\_articuladas.aspx?cod=19490](http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=19490). Acesso em 19.04.2009).

<sup>15</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA ANOTADA**, Volume I, 1ª Edição Brasileira, 4ª Edição Portuguesa, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais e Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 609. No original: “[...] A liberdade de religião é a liberdade de adoptar ou não uma religião, de escolher uma determinada religião, de fazer proselitismo num sentido ou noutro, de não ser prejudicado por qualquer posição ou atitude religiosa ou anti-religiosa. (...)” (grifo nosso).

formas de discriminação”) e, ainda, no art. 5º, caput (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...]”).

[...]

Diante disso, **ignorar a existência e a validade jurídica das uniões homoafetivas é o mesmo que as por em situação de injustificada desvantagem em relação às uniões estáveis heterossexuais**. Compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a igualdade de oportunidades, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais. O raciocínio se aplica, decerto, em todos os aspectos da vida e não apenas os materiais ou profissionais – sob esse prisma, submeter um indivíduo homossexual ao constrangimento de ter que ocultar seu convívio com o(a) parceiro(a) ou de não poder esperar de suas relações os efeitos legalmente decorrentes das uniões estáveis é, sem dúvida, reduzir arbitrariamente as suas oportunidades.

[...]

Resta claro, por conseguinte, que **o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente**, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia. (grifos parcialmente nossos)

No mesmo sentido, a decisão da **Suprema Corte do Estado de Massachussets (EUA)**<sup>16</sup>, que declarou inconstitucional a proibição ao casamento civil homoafetivo:

*A Constituição exige, no mínimo, que o exercício da autoridade regulatória do Estado não seja ‘arbitrária ou caprichosa’* Commonwealth v. Henry’s Drywall Co. [...]. ***Sob a égide das garantias da igualdade e da liberdade, a autoridade regulatória deve, no mínimo, trazer ‘um propósito legítimo de uma forma racional’; uma lei deve ‘ter uma relação racional com um objetivo legislativo permissível’*** Rushworth v. Registrar of Motor Vehicles [...]. (grifos nossos)

Ademais, é de se lembrar que não existem “proibições implícitas” em Direito ante o teor do art. 5º, inc. II da CF/88, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, pois se as pessoas só estão proibidas de fazer algo em virtude de lei (leia-se, texto normativo), isso significa que somente é proibido juridicamente algo que seja expressamente vedado pela lei. Nesse sentido, caso a lei se limite a regulamentar um fato e deixar outro sem regulamentação e sem proibição, isso significa a existência de uma *lacuna na lei*, não de uma “proibição implícita”.

Percebe-se, assim, que a “exigência” da diversidade de sexos como “essencial” ao casamento civil decorre de uma **visão de mundo arbitrária**, que ignora o elemento formador da *família conjugal* contemporânea, que é o citado *amor familiar* (amor romântico que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura). Nulo o casamento civil homoafetivo não é, porque *não há nulidade sem texto*, como notoriamente se sabe (sendo que a regra de que não há nulidade sem texto tem seu fundamento teleológico no **art. 5º, inc. II, da CF/88**, segundo o qual ninguém será proibido de fazer algo senão em virtude de lei – e expurgar do mundo jurídico um ato com eficácia *ex tunc* equivale a dizer que dito ato é proibido pelo Direito). Sobre a **teoria da inexistência de atos que existiram no mundo fático**, ela se trata de uma inacreditável invenção doutrinária que visa burlar a regra segundo a qual *não há nulidade sem texto* decorrente do art. 5º, inc. II, da CF/88, pois visa atribuir ao ato taxado de *inexistente* a mesma consequência ao ato nulo (destruição dos efeitos produzidos com eficácia *ex tunc*), com a

<sup>16</sup> Goodridge v. Department of Public Health, p. 9, in

<http://www.mass.gov.br/courts/courtsandjudges/courts/supremejudicialcourt/goodridge.html> (acesso em fev./2007). Sem destaques no original.

enorme diferença segundo a qual as *condições de validade* (cuja afronta gera nulidade) estão expressamente previstas pela lei, ao passo que as supostas “condições de existência” (cuja afronta ensejaria a *inexistência jurídica* de atos que existiram faticamente) não o são, ficando a cargo do *subjetivismo do intérprete*. A própria doutrina não tem o menor pudor de reconhecer que dita *teoria da inexistência* surgiu na época do Código Napoleônico como forma de se proibir o casamento civil homoafetivo em um sistema legal que não o vedava e segundo o qual tudo que não estava proibido tinha-se como permitido<sup>17</sup>. Logo, trata-se de teoria inaceitável<sup>18</sup>, sendo inacreditável que tenha sido aceita sem reservas pela doutrina em geral, mesmo a teor daquele **caráter fraudulento de sua formulação**, visto que foi criada para se burlar a regra segundo a qual *não há nulidade sem texto* com o único intuito de se proibir o casamento civil homoafetivo. Mas, mesmo abstraindo desta discussão e aceitando-se a validade da esdrúxula teoria da *inexistência de atos que existiram no mundo fático*, **o entendimento do amor familiar como o elemento formador da família conjugal contemporânea afasta a colocação da diversidade de sexos como “essencial” ao casamento civil**, pois a partir do momento em que se percebe que as uniões homoafetivas são por ele pautadas e que o casamento civil é um regime jurídico que visa proteger casais pautados pelo *amor familiar*, então se percebe que ele (*amor familiar*) é a condição essencial para o casamento civil e não a diversidade de sexos.

Portanto, tem-se que **o direito ao casamento civil homoafetivo é uma decorrência direta da aplicação dos princípios constitucionais da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da liberdade real**<sup>19</sup>. Afinal, considerando que os princípios constitucionais condicionam a

---

<sup>17</sup> Não é nada menos o que expõe GONÇALVES, Carlos Roberto. **DIREITO CIVIL BRASILEIRO: Direito de Família**, 4ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 125, ao afirmar que “A teoria foi concebida no século XIX por Zachariae Von Lingenthal, em comentários ao Código de Napoleão escritos em 1808 na Alemanha, e mais tarde desenvolvida por Saleilles em estudo realizado em 1911”, teoria esta criada “para contornar, em matéria de casamento, o princípio de que não há nulidade sem texto (pás de nullité sans texte), pois as hipóteses de identidade de sexo, falta de consentimento e ausência de celebração não costumam constar dos diplomas legais” (sem grifos no original). No mesmo sentido: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **NEGÓCIO JURÍDICO: Existência, Validade e Eficácia**, 4ª Edição, 5ª Tiragem, São Paulo: Editora Saraiva, 2007, pp. 157-158, que, após relatar um julgado (RT 239/251) que defendeu a inexistência do casamento pela recusa da mulher em *consumar* o ato mediante a relação sexual (sob o fundamento de que o débito conjugal seria *ato material* necessário à *perfeição* do casamento, que visaria, segundo o julgado, a regularização da convivência carnal) para, ao final, declará-lo nulo (em clara confusão de conceitos), afirmou que “a declaração de nulidade vem após a afirmação de que o casamento era inexistente. Essa imprecisão técnica, porém, explica-se no caso, porque eis aí um caso de nulidade não prevista, a repetir as hipóteses que deram origem à teoria da inexistência” (sem grifo no original). Na mesma linha, DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, 22ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 52, para quem “A teoria do casamento inexistente formou-se em torno do Código de Napoleão, através dos comentários feitos pelo alemão Zachariae em 1808, traduzidos, em 1839, por Aubry e Rau, tomando corpo na obra de Saleilles. Convém lembrar, como o fizeram Planiol e Ripert, que o conceito de casamento inexistente apareceu na França, em razão do princípio de que não pode haver nulidade de casamento sem expressa disposição legal, rejeitando assim as nulidades virtuais em matéria matrimonial, considerando-se apenas as nulidades textuais. Com isso a nulidade do ato só pode ser pronunciada sobre um texto normativo. Essa doutrina aponta três requisitos essenciais ao casamento, cuja inobservância faz com que careça de valor jurídico, reputando-se inexistente: diversidade de sexos, celebração e consentimento”. (grifo nosso)

<sup>18</sup> Também criticando a aplicação da *teoria da inexistência* para obstar o acesso de casais homoafetivos ao casamento civil, é pertinente a lição de **Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros** no sentido de que “Observa-se um dogmatismo tautológico, no qual a suposta impossibilidade sustentada pela doutrina se baseia no próprio fato de a doutrina entender que é impossível o casamento homossexual”, afirmando que “chama a atenção a manutenção de um discurso circular acerca da vedação ao casamento homossexual, um discurso que afirma ser impossível sua aceitação pela literatura jurídica e pela jurisprudência pelo simples fato de essas mesmas fontes do direito assim o entenderem. Não há uma tematização nem um aprofundamento nos fundamentos que se situam por detrás desse entendimento; esses fundamentos são considerados algo dado e imutável, impermeável a todo o debate sobre a importância dos princípios constitucionais”, anotando o autor que “Ao longo dessa travessia [em prol do direito de casais homoafetivos terem acesso ao casamento civil], em todas as etapas, esteve presente um dogmatismo tautológico (e seus resquícios), negando a possibilidade do casamento homossexual, possuindo como principal fundamento a argumentação circular de que tal negação se baseia no fato de que a literatura jurídica e a jurisprudência entendem por essa impossibilidade, sem, contudo, adentrar no embasamento que tais fontes do Direito utilizam para promover essa negação” (grifos nossos)

<sup>19</sup> É esta também a opinião de **Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros** (MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de, **A Constitucionalidade do Casamento Homossexual**, 1ª Edição, São Paulo: Editora LTr, 2008, pp. 23, 114 e 140), cuja pertinente lição anota que “O direito ao casamento homossexual já se encontra garantido no

interpretação jurídica das regras constitucionais<sup>20</sup> e da legislação em geral; considerando que o **princípio da isonomia** veda discriminações arbitrárias, considerando que é arbitrária a discriminação das uniões homoafetivas relativamente às uniões heteroafetivas<sup>21</sup> pela ausência de motivação lógico-racional que a sustente, especialmente no que tange à negativa do acesso ao casamento civil àquelas pela mera homogeneidade de sexos do casal; considerando que o **princípio da dignidade da pessoa humana** veda que o ser humano seja instrumentalizado para a promoção de uma conduta idealizada pelo Estado quando não haja motivação lógico-racional que isto justifique, em menosprezo aos projetos de vida não-coerentes com tal idealização; considerando que a **negativa do casamento civil homoafetivo implica em menosprezo aos projetos de vida daqueles que vivem em uniões homoafetivas** por isto passar a sinistra mensagem segundo a qual elas não seriam merecedoras do regime jurídico do casamento civil; considerando que o **princípio da liberdade real** exige que as pessoas não sejam discriminadas por suas escolhas de vida, como aquela decorrente do assumir-se enquanto cidadão homossexual em um relacionamento homoafetivo; considerando que a negativa do casamento civil homoafetivo enseja discriminação atentatória ao princípio da liberdade real; considerando essas

---

*ordenamento jurídico com base nos princípios elencados (igualdade, liberdade, dignidade e abertura para entidades familiares para além daquelas expressamente previstas no texto constitucional), e o entendimento que procura negar sua possibilidade acaba por gerar um cotidiano de desrespeito e negativa de reconhecimento por meio da manutenção desprovida de juridicidade da exigência de diversidade de sexos para celebração do casamento. Não existe hoje fundamento jurídico algum apto a conferir normatividade a um entendimento excludente da possibilidade de celebração do casamento entre pessoas do mesmo sexo. O que há é a repetição anacrônica de um entendimento preconceituoso e incoerente com o atual estágio em que se encontra a tradição jurídica. Reconhecer a possibilidade do casamento homossexual se demonstra como consequência da garantia da igualdade como forma de proteção da diferença e da diversidade, permitindo, por conseguinte, o exercício de um desenvolvimento livre de vida, inclusive quanto à possibilidade de escolha da forma de proteção jurídica às diversas formas de relacionamento existentes. [...] O que deve ser, todavia, afirmado e reiterado, é que **tal direito já encontra previsão no nosso ordenamento** [...]" (MEDEIROS, Op. Cit., p. 143 – grifos nossos).*

No mesmo sentido, leciona **Maria Berenice Dias**, inclusive com base na citada lição de Jorge Medeiros, quando afirma que “*A doutrina clássica, que exige para o casamento o requisito da diversidade de sexos, não mais se sustenta frente à repersonalização do direito das famílias, que busca assegurar o direito à felicidade calcado nos princípios constitucionais. Segundo Jorge Luiz Medeiros, é preciso garantir o exercício da autonomia privada (garantia dos direitos individuais) e da 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. A discussão sobre a igualdade, liberdade e dignidade que perpassa o tema não se restringe ao tratamento igualitário no atinente às consequências jurídicas do casamento, mas à própria concretização do direito de se casar. [...]" (DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva. O Preconceito & a Justiça**, 4ª Edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 159)*

<sup>20</sup> Esta é a **hierarquia axiológica** descrita por Luís Roberto Barroso, para quem “*Tudo o que se viu até aqui em nome da unidade constitucional reforça o papel dos princípios constitucionais como condicionantes da interpretação das normas da Lei Maior. São eles que conferem unidade e coerência ao sistema e é a eles que se recorre na solução das tensões normativas. A grande premissa sobre a qual se alicerça o raciocínio desenvolvido é a de que inexistem hierarquia normativa entre as normas constitucionais, sem qualquer distinção entre normas materiais ou formais ou entre normas-princípio e normas-regra. Isso porque, em direito, hierarquia traduz a ideia de que uma norma colhe o seu fundamento de validade em outra, que lhe é superior. Não é isso que se passa entre normas promulgadas originariamente com a Constituição. Não obstante isso, é inegável o destaque de algumas normas, quer por expressa eleição do constituinte, quer pela lógica do sistema. No direito constitucional positivo brasileiro, foram expressamente prestigiadas as normas que cuidam das matérias integrantes do núcleo imodificável da Constituição, que reúne as chamadas cláusulas pétreas. Consoante o elenco do §4º do art. 60, não podem ser afetadas por emendas que tendam a abolir os valores que abrigam as normas que cuidam: a) da forma federativa do Estado; b) do voto direto, secreto, universal e periódico; c) da separação dos Poderes; d) dos direitos e garantias individuais. Todos os itens acima, não é difícil constatar, estão ligados a algum dos princípios fundamentais do ordenamento, a saber: o princípio federativo, o princípio democrático e o princípio republicano (periodicidade de voto). Aliás, ao menos idealmente, a Democracia, a República e a Federação constituem, de longa data, o trinômio essencial do Estado brasileiro. É natural que esses princípios fundamentais, notadamente os que foram objeto de distinção especial no §4º do art. 60, sejam os grandes vetores interpretativos do Texto Constitucional. Em seguida, vêm os princípios gerais e setoriais. Porque assim é, deve-se reconhecer a existência, no Texto Constitucional, de uma hierarquia axiológica, resultado da ordenação dos valores constitucionais, a ser utilizadas sempre que se constatarem tensões que envolvam duas regras entre si, uma regra e um princípio ou dois princípios” (BARROSO, Luís Roberto. **INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO**, 6ª Edição, 3ª tiragem, São Paulo: Editora Saraiva, 2006, pp. 202-203 – grifos nossos).*

<sup>21</sup> Discriminação decorrente dos direitos negados pela negativa do casamento civil, que inclusive garante mais direitos que a união estável – v.g., no âmbito do Direito Sucessório, pois o quinhão do *cônjuge* é superior ao quinhão do *companheiro*.

questões, tem-se que o **casamento civil homoafetivo é uma decorrência direta da interpretação dos princípios constitucionais da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da liberdade real**, que impõem o reconhecimento de uma ***interpretação evolutiva do Direito*** que reconheça as uniões homoafetivas como *famílias conjugais* e lhes reconheça, portanto, os direitos ao casamento civil e à união estável, tendo em vista que elas são pautadas pelo mesmo *amor familiar* que justifica a proteção destes regimes jurídicos às uniões amorosas, donde tem-se que o acesso de casais homoafetivos ao casamento civil decorre da aplicação direta das normas constitucionais na interpretação da lei do casamento civil<sup>22</sup>.

Assim, é inegável o cabimento de interpretação extensiva ou analogia para se reconhecer a juridicidade do casamento civil homoafetivo, não havendo óbice a tanto na redação do art. 1.514 do CC/02, na medida em que a expressão “o homem e a mulher” não significa *proibição implícita* ao casamento civil homoafetivo<sup>23</sup>, mas apenas regulamentação do casamento civil heteroafetivo, donde **cabível a colmatação de tal lacuna por força da interpretação dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade real**<sup>24</sup> em razão de a união homoafetiva formar uma família conjugal, que é o objeto de proteção valorativamente protegido pelo regime jurídico do casamento civil<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Afinal, como bem afirma **Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros**, “quando se nega a possibilidade de acesso de casais de pessoas do mesmo sexo ao casamento, está a se retornar a uma hierarquização das atividades familiares, de forma excludente e sem fundamento no Direito. Ora, se a partir de princípios se reconhece o direito de homossexuais terem acesso a formas de proteção de sua afetividade, desde que essa forma não seja o casamento, como vem sendo consolidado na jurisprudência, está a se dizer implicitamente que esse instituto se encontra em um patamar distinto, fechado à pluralidade, à diferença e às transformações sociais, diferentemente das outras entidades familiares reconhecidas. ***Um entendimento dessa espécie é inconstitucional e, portanto, antijurídico. Viola também a integridade do direito, na medida em que retorna a entendimentos pretéritos (o entendimento do casamento inexistente) para fundamentar situações jurídicas presentes, sem considerar o panorama atual, que prevê que essa liberdade, igualdade e dignidade, constitucionalmente protegidas, não se restringem ao acesso a direitos decorrentes da união, mas também à própria possibilidade de livre e igualmente ter acesso aos diferentes institutos jurídicos que podem regulamentar essa união afetiva***” (MEDEIROS, Op. Cit., p. 142).

<sup>23</sup> Mesmo porque **proibições implícitas não existem no Direito Pátrio por força do art. 5º, inc. II, da CF/88**, que exige enunciado normativo expresso para que se possa falar em *proibição* em nosso sistema jurídico.

<sup>24</sup> Nesse sentido, a lição de **Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros**, para quem “*Afirmar, hoje, que a celebração do casamento homossexual [não] produziria efeito algum para o mundo do Direito, não possui fundamento jurídico. O ordenamento não define o casamento como celebrável unicamente entre homem e mulher, e qualquer interpretação carregada de preconceitos de novíssima (novíssima?) geração que se procure entender nesse sentido, encontra óbice na proteção que os princípios constitucionais conferem à diferença. Em sentido semelhante, qualquer disposição procedimental para a celebração do casamento entre pessoas do mesmo sexo, é manifestamente inconstitucional e não deve, portanto, ser aplicada*” (Ibidem, p. 144)

<sup>25</sup> Este autor desenvolve o tema com profundidade em VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Método, 2008, pp. 257-271, no qual destaca que o fato de o art. 1514 do CC/02 usar a expressão “o homem e a mulher” significa mera regulamentação do *fato heteroafetivo* para fins de casamento civil sem, contudo, proibir o *fato homoafetivo*, o que configura *lacuna normativa* passível de colmatação por interpretação extensiva ou analogia, tendo em vista que a ***interpretação teleológica*** de dito dispositivo legal explicitar que ele visa reconhecer a *família conjugal*, que é formada pelo *amor familiar* (amor romântico que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura), donde, considerando que a união homoafetiva forma uma *família conjugal* por ser pautada pelo mesmo *amor familiar* que inspira a regulamentação do casamento civil pelo Direito das Famílias, tem-se por obrigatória a aplicação de interpretação extensiva ou analogia para se reconhecer a possibilidade jurídica do acesso de casais homoafetivos ao casamento civil. No mesmo sentido, honrando-me com paráfrase de trecho de meu *Manual da Homoafetividade*, leciona **Maria Berenice Dias**: “*Diz a lei (CC, 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 seu vínculo conjugal, e o juiz os declara casados’.* Grande parte da doutrina invoca esse dispositivo para afirmar que a diversidade sexual é condição de existência do casamento, e que pessoas do mesmo sexo somente poderiam contrair matrimônio se a lei fosse expressa nesse sentido. Tal interpretação é desprovida de fundamento normativo que a justifique, na medida em que o CC não define – e nem tenta – o que é família ou mesmo o que é casamento. Entre os impedimentos matrimoniais não está prevista a identidade do sexo dos nubentes. Limita-se a lei a estabelecer requisitos para a sua celebração, elenca os direitos e os deveres dos cônjuges e disciplina os regimes de bens. **A expressão ‘o homem e a mulher’ não é capaz de impedir o casamento homoafetivo. Significa tão-somente a regulamentação do fato heteroafetivo, sem proibir o fato homoafetivo, por interpretação extensiva ou analogia** [nota ao nosso VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti, *Manual da Homoafetividade...*, p. 258]” (Ibidem, pp. 159-160). No mesmo sentido,

Afinal, como bem dito no paradigmático julgado do Superior Tribunal de Justiça no REsp n.º 1.026.981/RJ, “O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo”<sup>26</sup>, razão pela qual afirmou-se neste julgado que “é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas” através de “ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da analogia” (grifos nossos). Em que pese dito julgado ter se referido à união estável, sua lógica imanente é plenamente aplicável ao casamento civil, por identidade de razões – afinal, *ubi eadem ratio, ibi eadem jus* (aonde há a mesma razão, aplica-se o mesmo Direito).

Vale lembrar da lição de **Konrad Hesse**<sup>27</sup> no sentido de que “A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”, razão pela qual “uma mudança das relações fáticas pode - ou deve - provocar mudanças na interpretação da Constituição”. Claro, Hesse fala a seguir que o sentido da proposição jurídica estabelece o limite de qualquer mutação normativa, contudo, a lição de Hesse é aplicável na medida em que dizer o fato da legislação usar a expressão *o homem e a mulher* ou outra análoga ao tratar do casamento civil não significa que ela teria reconhecido o casamento civil apenas entre o homem e a mulher - o *apenas* só é lido por quem entende que a união homoafetiva não configura (materialmente) uma união conjugal passível de consagração pelo casamento civil, donde não há nada que o texto “diga” que impeça o reconhecimento da possibilidade jurídica da união estável homoafetiva por interpretação extensiva ou analogia. **Eis a questão:** o *casamento civil* é um conceito jurídico indeterminado (assim como é a *família*, do caput do art. 226 da CF/88), sendo que dizer que a expressão *o homem e a mulher* impossibilitaria por si, por esta mera literalidade normativa, o reconhecimento da possibilidade jurídica do casamento civil e da união estável entre casais homoafetivos significa adotar (ainda que apenas neste caso) um puro *legalismo acritico*, ou seja, aquele que só reconhece como juridicamente possível aquilo que está expressamente previsto na legislação.

---

também me honrando com a citação de minha obra, é valiosa a lição de **Marianna Chaves**, que, analisando o art. 1.514 do CC/02, afirma que “No caso dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, a legislação limitou-se a regulamentar um fato (casamento heterossexual), deixando outro sem regulação específica, tampouco sem vedação (casamento homossexual). Entende-se, portanto, que a tal ‘proibição implícita’ inexistente, se tratando tão-somente de uma lacuna na lei, devendo-se aplicar o art. 4º da LICC\*\*\*. Assim, a doutrina favorável ao reconhecimento do casamento de pessoas do mesmo sexo no Brasil, termina por oferecer duas saídas: aplicação extensiva do art. 1.514 do CC brasileiro, ou, no caso de entendimento de que não existem duas situações idênticas (um par com dualidade de sexos e outro par com identidade de sexos), deverá ser aplicado analogicamente o dispositivo supracitado, uma vez que, as situações são idênticas ao menos na essência, uma vez que o elemento formador de ambas as uniões é um só, o amor [aqui há nota a meu Manual da Homoafetividade, p. 268]” (CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e Direito. Proteção Constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade. Um Panorama Luso-Brasileiro**, 1ª Edição, Curitiba: Juruá Editora, 2011, pp. 218-219).

\*\*\* [aqui há nota citando a obra deste autor (Manual da Homoafetividade, pp. 261-264), na qual, com base na teoria tridimensional do Direito, segundo a qual a norma decorre da valoração de um fato (norma = fato + valor) afirma-se que ‘por mais que a lei traga a expressão ‘o homem e a mulher’ (ou seja, o ‘fato’ heteroafetivo), o valor por ela protegido não é a heterossexualidade, mas o amor de duas pessoas que gera uma entidade familiar, por meio de uma comunhão plena de vida e interesses, contínua, duradoura e com intuito de constituir família)]

<sup>26</sup> Vale citar, neste ponto, a lição de **Maria Helena Diniz**, segundo a qual a analogia é decorrente da isonomia (e, com ainda mais razão, também a interpretação extensiva), na medida em que o princípio da igualdade visa garantir o mesmo tratamento jurídico aos iguais (interpretação extensiva) ou fundamentalmente iguais (analogia), donde seria mesmo desnecessária qualquer menção expressa da legislação à interpretação extensiva ou à analogia para que elas pudessem ser usadas para colmatar lacunas na legislação, pois elas estão implícitas à própria isonomia (cf. DINIZ, Maria Helena, **LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO INTERPRETADA**, 11ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 114).

<sup>27</sup> HESSE, Konrad. **A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO**, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, 1ª Edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 22-23.

Em outras palavras, como os conceitos de união estável e de casamento civil não estão ligados indissociavelmente à diversidade de sexos pelo texto constitucional (o que ocorreria se estivesse escrito nos enunciados normativos que tais regimes jurídicos são reconhecidos "*apenas entre*" o homem e a mulher), não há afronta ao *conteúdo mínimo-estrutural do texto jurídico* da união estável e do casamento civil, donde não parece que haja algo que o texto *diga* que impossibilite o intérprete de adotar a tese aqui defendida - pois a *união estável enquanto entidade familiar* e o *casamento civil enquanto entidade familiar*, em seu sentido estrutural mínimo, são uniões de fato pautadas pelo amor conjugal que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, pela qual os companheiros vivem *como se casados fossem* (o amor tem que ser *conjugal* para evitar que afetos *fraternos* sejam enquadrados no regime jurídico da união estável e do casamento civil, o que não se afigura correto pela *ratio* de tais regimes jurídicos, embora aquelas uniões, se pautadas por um *amor familiar* fraterno, devam ser entendidas como entidades familiares fraternas).

Sobre o tema, anote-se que o apego ao dogma da legalidade estrita em detrimento do reconhecimento da juridicidade do casamento civil homoafetivo por força da principiologia constitucional implica em postura superada, por incompatível com o *neoconstitucionalismo* contemporâneo<sup>28</sup>, que prega a irradiação das normas constitucionais na interpretação das normas

---

Continua a autora com uma excelente síntese da *ação civil pública n.º 2005.61.18.000028-6*, proposta pelo **Procurador da República, Dr. João Gilberto Gonçalves Filho**, que requer o reconhecimento a todo o país da possibilidade jurídica do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, que também cito em meu livro, nos seguintes termos: "*Seguindo essa ideia da possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, no ano de 2005 foi intentada Ação Civil Pública pelo MP Federal, com o intuito do reconhecimento do casamento civil homossexual. Na exordial, o Procurador da República, Dr. João Gilberto Gonçalves Filho, trouxe a baila alguns argumentos já referidos no presente estudo, tais como: a proibição da discriminação por orientação sexual. Além do respeito à dignidade da pessoa humana. O douto Procurador assevera que a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo nada mais é do que um dogma absolutamente enraizado na tradição cultural brasileira, qual seja, o de que o homem só pode casar-se com a mulher e vice-versa. Afirma ainda que, uma leitura isolada e equivocada dos §§3º e 5º do art. 226 da CF e dos arts. 1.565 e 1.517 do Diploma Civil poderiam levar à contestável compreensão de que o casamento só pode ser mesmo realizado entre pessoas do mesmo sexo [‘rectius’: de sexos diversos]. Acrescenta que os dispositivos supra elencados deverão ser lidos num confronto sistemático com vários outros, também da própria Constituição Federal e da legislação infraconstitucional para que da análise conjunta de todos eles possa ser extraída a norma de direito aplicável. Assevera ainda o membro do Parquet Federal que o direito a receber do Estado brasileiro o status jurídico de pessoa casada é uma materialização dos direitos da personalidade. O fato é que, na atualidade, heterossexuais podem casar entre si, fazendo jus a esse direito de cidadania, enquanto homossexuais não podem, lhes sendo esse direito negado. Deste modo, é indubitável que o critério para conceder a uns o direito ao casamento, negando-o a outros, é a orientação sexual dos indivíduos. Nesta situação reside patente afronta ao princípio da igualdade: o Estado Brasileiro trata os cidadãos de forma diversa sem que o critério de discriminação esteja sustentado numa razão lógica inexoravelmente relevante (em nota de rodapé, a autora transcreve o seguinte trecho da petição inicial ‘afinal, o bem jurídico tutelado com essa discriminação é apenas um padrão moral de conduta, alicerçado sobre a ideia preconceituosa de que o homossexualismo é pecado [‘rectius’: a homossexualidade]. Não há problema algum que as religiões pensem isso e divulguem essa ideia a seus fiéis, já que é admitida a liberdade de crença religiosa; não há problema algum que as autoridades dos Três Poderes também pensem assim, intimamente, já que fora garantida a liberdade de pensamento; contudo, o Estado Brasileiro, como pessoa jurídica que não se confunde com suas autoridades, como instituição que deve zelar pelo igual tratamento dispensado a seus cidadãos, não pode valer-se de um código de ética moral para discriminá-los. A partir do momento em que vivemos num estado de Direito, sendo separado de qualquer religião, que preza pelas liberdades individuais, cabe-lhe abrir os braços para o diferente, com tolerância e inclusão’). Na referida ação são levantadas algumas questões importantes: que mal faz à sociedade o casamento de pessoas homossexuais? Qual o bem jurídico tutelado que faria justificar a negativa estatal ao casamento de homossexuais? Pode-se dizer que a permissão ao casamento homossexual em nada afronta a Carta Magna ou o ordenamento brasileiro. Acrescenta ainda o Procurador que ‘se é objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, as pessoas devem ter liberdade para escolher seus parceiros sexuais sem que essa escolha implique injustas restrições de tratamento por parte do aparato administrativo estatal. A solidariedade pressupõe acolher e dar apoio às escolhas individuais, abrindo oportunidade a qualquer pessoa para que possa concretizar o seu direito constitucional de ser feliz, mormente quando essas escolhas não atrapalham em nada os direitos individuais das demais ou os direitos coletivos em geral, como é o caso do casamento de homossexuais’" (CHAVES, *Op. Cit.*, pp. 219-220). Referida ação foi julgada extinta por entender o julgador não poder o tema ser discutido em ação civil pública (ou seja, questão formal que não enfrentou o mérito do pedido de habilitação em casamento civil sem prévia união estável por casais homoafetivos), embora dita sentença tenha afirmado a possibilidade de conversão da união estável homoafetiva em casamento civil, na linha do argumento formal desenvolvido neste parecer. Ainda não sabemos se foi interposta apelação pelo Ministério Público (autor da ação).*

<sup>28</sup> Com efeito, em tempos de *neoconstitucionalismo*, nos quais é pacífico na doutrina constitucionalista que as normas constitucionais se *irradiam* na interpretação de *todos* os enunciados normativos vigentes no país, sejam eles



jurídicas em geral – tanto que mesmo no Direito Administrativo, criado originalmente sob o dogma da legalidade estrita, tem reconhecido a superação do *princípio da legalidade estrita* pelo ***princípio da juridicidade***, em construção doutrinária que visa reconhecer justamente que não é necessária uma lei expressa para se reconhecer a juridicidade de algo quando este algo seja decorrente da interpretação dos dispositivos constitucionais aplicáveis ao caso. Assim, a **legalidade exigida para a atuação da Administração Pública deve ser entendida como legalidade em sentido amplo, no sentido de poder a Administração agir quando autorizada pela lei ou pelas normas constitucionais (*legalidade constitucional*)**, consoante já reconhecido pela ***doutrina administrativista contemporânea***<sup>29</sup>. Nada mais natural que tal evolução da exigência de legalidade estrita para juridicidade para legitimar a ação estatal, visto que a exigência de *lei formal* para a atuação estatal surgiu em uma época em que não se falava em aplicabilidade imediata das normas constitucionais (verdadeira *pré-história do Estado Constitucional*), donde o *neoconstitucionalismo*/*pós-positivismo* da contemporaneidade exige que se permita a atuação estatal pela concretização de normas constitucionais e não apenas mediante autorização legal expressa. Assim, **havendo permissivo constitucional para o casamento civil homoafetivo oriundo da interpretação das normas constitucionais neste caso concreto**, não há que se negar o direito de casais homoafetivos ao acesso ao casamento civil – mesmo

---

constitucionais (*interpretação sistemática*) e especialmente nos infraconstitucionais (*interpretação conforme a Constituição*), tendo em vista a ***postura invasiva*** da Constituição na regência da vida da sociedade em geral, inclusive com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, afigura-se inadequado não se reconhecer que a Administração Pública não poderia atuar mediante concretização de normas constitucionais.

<sup>29</sup> Segundo JUNIOR, Dirley da Cunha. ***Curso de Direito Administrativo***, 10ª Edição, Editora JusPODIVM, 2011, p. 67, “Entende-se por *juridicidade* a moldura jurídica com a qual deve a Administração Pública conformar os seus atos e a sua atuação. Desse modo, o **dever de juridicidade é aquele que impõe à Administração Pública somente agir nos termos da ordem jurídica, de modo a compatibilizar as suas atividades com a *Constituição*, as leis e as normas administrativas**. Cumpre esclarecer que o *dever de juridicidade* é mais do que o *dever de legalidade*. Isto porque a Administração Pública não está vinculada e sujeita apenas à lei, mas à ordem jurídica como um todo, que contempla outros parâmetros jurídicos (*dever de razoabilidade, dever de proporcionalidade, dever de impessoalidade, dever de moralidade, dever de motivação, dever de respeitar os direitos do cidadão administrado etc*)” (grifos nossos). No mesmo sentido, PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. ***Direito Administrativo***, 24ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2011, pp. 27, 29 e 31, que, ao tratar das tendências contemporâneas do Direito Administrativo, trata como realidade do Direito Administrativo Contemporâneo o “**alargamento do princípio da legalidade (para abranger, não só a lei, mas também princípios e valores)**”, no sentido de “**O Estado Democrático de Direito pretende vincular a lei aos ideais de justiça, ou seja, submeter o Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas no Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição**. Nesse sentido, o artigo 20, §3º, da Lei Fundamental da Alemanha, de 8-5-49, estabelece que ‘o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito’. Ideias semelhantes foram inseridas nas Constituições espanhola e portuguesa. No Brasil, embora não se repita norma com o mesmo conteúdo, não há dúvida de que se adotou igual concepção, já a partir do preâmbulo da Constituição, rico em menção a valores como segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça. Além disso, os artigos 1º a 4º e outros dispositivos esparsos contemplam inúmeros princípios e valores, como os da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o da erradicação da pobreza, o da economicidade, entre outros. Todos esses princípios e valores são dirigidos aos três Poderes do Estado: a lei que os contrarie será inconstitucional; a discricionariedade administrativa está limitada pelos mesmos, o que significa a ampliação do controle judicial, que deverá abranger a validade dos atos administrativos não só diante da lei, mas também perante ao Direito, no sentido assinalado. **Vale dizer que, hoje, o princípio da legalidade tem uma abrangência muito maior porque exige submissão ao Direito**”, donde, “Com o Estado Democrático de Direito, conforme assinalado, a **legalidade passou a significar a sujeição ao Direito (lei, valores, princípios)**”. No mesmo sentido, NETO, Diogo de Figueiredo Camargo. ***Curso de Direito Administrativo***, 13ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, pp. 213-214, “A palavra legalidade é aqui tomada em seu sentido amplo, como sinônima de juridicidade, envolvendo, portanto, a legalidade estrita, a legitimidade e a licitude [...] O princípio da legalidade, que já havia sido conceituado em seu aspecto objetivo como sujeição do agir à lei, se reapresenta, agora, em seu aspecto subjetivo, como garantia da supremacia do interesse juridicamente protegido”. Tãmanha é a aceitação da juridicidade constitucional como parâmetro de ação da Administração Pública que o citado autor, em edição posterior de sua obra, passou deixou de chamar o seu “Capítulo X” objeto de tal transcrição de “*Controle de Legalidade*” para nominá-lo de “*Controle de Juridicidade*”, igualmente alterando o primeiro tópico de “*Princípio da Legalidade*” para “*Princípio da Juridicidade*”, afirmando que “O princípio da juridicidade, assim integrado pela legalidade, pela legitimidade e pela licitude, se dirige a atender à mais importante finalidade do Direito Administrativo, que por si só o justificaria: a proteção das liberdades e dos direitos dos administrados, seguindo-se em importância, a ordenação das atividades juridicamente relevantes da Administração” (NETO, *Op. Cit.*, 20ª Edição, p. 248), em obra da qual extrai-se o seguinte: “O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um ‘princípio da legalidade’, se tomado em sentido amplo, ou seja, não se restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica”.

porque, considerando que a exigência de permissão normativa para a atuação estatal surgiu como forma de se garantir que o Estado não violasse arbitrariamente os direitos individuais dos cidadãos<sup>30</sup> e considerando que o ato estatal de permitir o acesso de casais homoafetivos ao casamento civil não viola direito de ninguém (ao contrário, reconhece um direito já decorrente da concretização das normas constitucionais da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da liberdade real), **não se pode ver óbice ao reconhecimento do direito de casais homoafetivo terem acesso ao casamento civil. Ao contrário, o dever de agir<sup>31</sup> da Administração Pública impõe o reconhecimento do direito de casais homoafetivos de terem acesso ao casamento civil** como forma de respeito aos citados princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana e liberdade real.

Por outro lado, a dignidade humana de homossexuais também resta afrontada pelo não-reconhecimento de seu *status* jurídico-familiar uma vez que isto é uma forma de instrumentalizar as pessoas para se atingir a finalidade pretendida pelo Estado, a saber: o projeto de vida por ele tido como correto (heteroafetivo), em clara afronta à liberdade, à autonomia moral de homossexuais conduzirem sua vida da forma que lhes faça mais sentido (mesmo porque não podem simplesmente “se transformar” em heterossexuais). Isso ocorre porque a não-concessão da isonomia às relações conjugais homoafetivas visa demonstrar que o Estado somente valoriza as relações conjugais heteroafetivas, razão pela qual a isonomia e igual dignidade do reconhecimento são medidas de rigor para se evitar afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana neste caso.

Nessa linha de raciocínio, considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana garante a todos o direito à felicidade e a uma vida digna e considerando que, em virtude do arquétipo social existente em torno do casamento civil, as pessoas que querem se casar somente serão felizes se puderem se casar civilmente, então verifica-se que o casamento civil é um direito fundamental implícito decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, como bem apontado pela **Suprema Corte dos EUA** no caso *Loving vs. Virginia* (1967), a liberdade de casar tem sido historicamente reconhecida como um dos direitos vitais mais essenciais para a busca da felicidade entre as pessoas, [tido por muitos como] fundamental à própria existência e sobrevivência, donde declarou inconstitucional a restrição legal que impedia a pessoa de escolher com quem ela desejava se casar, no contexto do casamento inter-racial (sendo a decisão plenamente aplicável ao tema do casamento civil homoafetivo, pois da mesma forma que a proibição do casamento inter-racial visava, implicitamente, manter um sistema de supremacia de brancos sobre negros, a negativa do casamento civil homoafetivo implicitamente acaba por consagrar um heterossexismo social que prega a união heteroafetiva mais digna que a união homoafetiva, de sorte a garantir apenas à primeira o direito de acesso ao casamento civil por ser este tido como a consagração máxima da união entre duas pessoas, em exclusão que se pauta em profundos preconceitos, por irracionalmente negar igual dignidade da união homoafetiva relativamente à união heteroafetiva). Ressalte-se que o caráter de direito fundamental do casamento civil foi reiterado pela Suprema Corte dos EUA nos casos *Zablocki vs. Redhail* (1978 – declarou inconstitucional a negativa de casamento a quem não comprovasse pagamento de pensões alimentícias, afirmando que o poder estatal de regulamentar o casamento civil não

---

<sup>30</sup> Cf., *v.g.*, NETO, Diogo de Figueiredo Camargo. *Op. Cit.*, 13ª Edição, p. 213, para quem “A mais importante finalidade do Direito Administrativo, e que por si só o justificaria, é a proteção das liberdades e dos direitos dos administrados. Para esse efeito, a Administração, como braço executivo do Estado, tem o seu poder contido por duas técnicas juspolíticas: a limitação e o controle”.

<sup>31</sup> Segundo **Dirley da Cunha Junior**, “se para o particular prevalece a liberdade/faculdade de ação, para a Administração existe um dever de ação, sempre que a ordem jurídica lhe impõe uma providência ou ela se mostre necessária em face das circunstâncias administrativas. Não pode, destarte, a Administração Pública deixar de praticar ato de sua competência, sob pena de responder por sua omissão na via administrativa ou judicial. É que, na omissão do gestor ou silêncio da Administração Pública que se abstém de seu dever jurídico de agir, pode o cidadão-administrado manejar os remédios jurídicos disponíveis para obter o ato ou a providência omitida, ou para ser indenizado do dano causado pela omissão do Estado. Nesse sentido se pacificou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [STF, RE n.º 121.140/RJ] e do Superior Tribunal de Justiça [STJ, AgRg n.º 822.764/MG]” (JUNIOR, *Op. Cit.*, p. 66).

garante o poder de excluir pessoas do mesmo) e *Turner vs. Safley* (1987 – declarou inconstitucional a restrição de direito ao casamento civil de presos por entender que legítimas preocupações de segurança prisional não justificavam, no caso concreto, as restrições concretamente impostas, tidas como exageradas). De tudo isso, conclui-se que **a Constituição garante a todos o direito de se casar com uma pessoa de sua escolha**, salvo se houver motivação válida ante a isonomia ou a razoabilidade (ou seja, motivação lógico-racional) que justifique a discriminação oriunda da negativa de acesso ao direito fundamental ao casamento civil<sup>32</sup>, o que não existe no presente caso.

Dessa forma, **o casamento civil é um direito fundamental (implícito)** de todos os cidadãos brasileiros e, portanto, também dos homossexuais, razão pela qual a negativa arbitrária do mesmo aos casais homoafetivos configura inconstitucionalidade por afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana (além de afronta a dito direito fundamental implícito), na medida em que não há fundamento lógico-racional que justifique a discriminação das uniões homoafetivas relativamente às uniões heteroafetivas no que tange ao direito de acesso ao casamento civil, visto que ambas formam uma *família conjugal*, que é o objeto valorativamente protegido pelo regime jurídico do casamento civil.

Sobre a **diferença da união estável relativamente ao casamento civil a justificar o interesse jurídico na conversão ora pleiteada**, veja-se o quanto decidido pelo Nobre Juízo da 04ª Vara de Família da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília, que deferiu conversão de união estável homoafetiva em casamento civil em 28/06/2011:

*[...] A união estável, por exemplo, não se identifica com o casamento, apresentando diferenças quanto às relações pessoais, aos direitos patrimoniais e sucessórios, à prova da união, entre outros. Assim, na medida em que o matrimônio assegura direitos que não são conferidos àqueles que vivem em união estável, efeitos estes, inclusive, mais benéficos, resta evidenciado o interesse jurídico do pleito dos requerentes. Ressalto que o pedido ora analisado também traz à tona o valor do casamento em nossa sociedade. Apesar da tradição cultural, religiosa, do símbolo que o casamento representa para toda e qualquer sociedade, seja oriental ou ocidental, não se pode esquivar que o casamento, em nosso ordenamento positivo, é um instituto eminentemente jurídico. [...] Um dos interesses do Estado em facilitar a conversão da união estável em casamento é trazer segurança jurídica à família e à sociedade. Ora, não se alcança essa segurança jurídica se excluir qualquer entidade familiar do instituto do casamento. Desse modo, há de se reconhecer às requerentes o pleito de conversão em casamento, em obediência e prestígio à decisão suprema, que deu uma interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil, para dele excluir qualquer 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'. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva. [...] Desse modo, DECLARO a UNLÃO ESTÁVEL existente entre [...] e, NA PRESENTE DATA, CONVERTO-A EM CASAMENTO [...] (grifos nossos)*  
(TJDF/Brasília, Processo n.º 101695-7/2011, proferida em 28/06/2011 – doc. anexo)

Sobre a importância de se reconhecer o **direito ao casamento civil** (e não apenas a uma união civil qualquer ou mesmo à união estável), valem novamente as palavras da **Suprema Corte de**

---

<sup>32</sup> Cf. GERSTMANN, Evan. *Same-Sex Marriage and the Constitution*, 2ª Edição, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 73-90.

Ontário (Canadá)<sup>33</sup>, ao declarar a inconstitucionalidade da proibição do casamento civil homoafetivo, ao aduzir que a não-concessão do mesmo regime jurídico destinado a casais heteroafetivos aos casais homoafetivos caracterizar a nefasta política do **“separados, mas iguais”**, que tanto assolou a convivência de negros e brancos ao redor do mundo por seu caráter intrinsecamente segregacionista e por seu menosprezo àqueles que não têm acesso ao regime jurídico pretendido, no caso, ao casamento civil, por passar a **“sinistra mensagem”** de que casais homoafetivos não seriam merecedores do regime jurídico do casamento civil<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> *Halpern v. Canadá (Attorney General)*, 2002, CanLII 42749 (ON S.C.D.C.).

In <http://www.canlii.org/on/cas/onscdc/2002/2002onscdc10000.html> (acesso em 20/10/2006 - tradução livre; sem grifos e destaques no original).

<sup>34</sup> Nas palavras da Corte: “(187) *A essência da primeira parte das colocações do Estado requer que esta corte aceite que ‘casamento’ é uma palavra que meramente identifica uma instituição única. Aquele argumento implica que, se os Requerentes tiverem a si garantidos todos os direitos, privilégios e benefícios da instituição do casamento – mas sob outra nomenclatura – então não haverá nenhuma discriminação porque não haveria nenhuma diferença de tratamento. Isso, na minha opinião, está errado. (188) **Casamento é mais que uma nomenclatura – mais que apenas uma palavra. Poderia ser dito que o primeiro indicador da sua importância é o fato que esse longo e complexo processo aparentemente tivesse que ocorrer. Na minha opinião, a paixão e sinceridade de todos que argüiram perante esta corte é um testemunho à profundamente nutridas visões do casamento. Os Requerentes fervorosamente pleiteiam por sua inclusão naquela instituição; os Contestantes pleiteiam intensamente pela proteção da sua exclusividade. Eu estou totalmente convencido que casamento é muito mais que uma palavra e eu concordo com a observação de que o casamento – para a maior parte da sociedade canadense é: ...a instituição que concede a uma união o profundo selo social de aprovação e aceitação do relacionamento como sendo do maior valor.** [MacDougall, B. ‘A Celebração do Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo’ (2000) 32:2 *Ottawa Law Rev.* 235 at 242] (189) Eu também concordo com aqueles outros que descrevem-no como sendo: ...legal, religioso, social, vocacional e pessoal ... **O poder do casamento vem não do que ele é em abstrato, ou como ele é definido, ou ainda no que ele simboliza, mas de como ele é transubstanciado pelo foco social na condição marital como o elemento chave na definição de todas as pessoas.** (ibid, MacDougall aponta que essa opinião é de alguém que pretende excluir os casais formados por pessoas do mesmo sexo do casamento. A citação é de L.S. Eckols, ‘A Miragem do Casamento: As Implicações nas Identidades Pessoais e Sociais do Matrimônio entre Pessoas do Mesmo Sexo.’ (1995) 5 *Mich. J. of Gender and L.* 353 at 354 [notas de rodapé omitidas]) (190) No caso Egan, os Juízes Cory e Iacobucci foram da opinião que a lei que oferece uma “escolha significativa” pode também oferecer um “valioso benefício”. E onde a definição daquela lei confere o estado de reconhecimento e legitimidade de um status particular, a negação da habilidade de escolher aquele status a lésbicas e gays implica em violação à seção 15(1) da Carta de Direitos. Isso, eu acredito, é o que ocorreu no caso em tela. (191) Em apoio à minha conclusão eu volto mais uma vez à decisão da Juíza Greer no caso Layland para assistência e em particular onde ela examinou alguns pronunciamentos judiciais existentes em 1993 sobre a seção 15(1). Confiando na linguagem do Juiz Wilson no caso R. v. Turpin, a Juíza Greer expressou a conclusão com a qual eu concordo, nomeadamente: Não se pode considerar simplesmente o que os casos pré-Carta de Direitos sustentaram que era o casamento. É importante que o tema seja adequadamente colocado no amplo contexto da nossa sociedade moderna e seus costumes e expectativas. Os casos referentes à Carta de Direitos mostram que nossas cortes entenderam que “escolha” é um benefício da lei. **No caso em tela, os requerentes tiveram negado seu direito à escolha de com quem eles querem se casar. Na minha visão, o direito à escolha é um direito fundamental e se aplica ao contexto do casamento na nossa sociedade. É uma teoria básica na nossa sociedade que o Estado respeitará as escolhas feitas pelos indivíduos e o Estado evitará subordinar essas escolhas a qualquer outra concepção. As garantias individuais da seção 15 são designadas para proteger o direito de escolha dos indivíduos. Nossas cortes e o Estado sempre se empenharam a separar o preconceito histórico e a intolerância através da aplicação da lei. Na minha visão, isso é o que a Carta de Direitos visou fazer. Eu também rejeito o argumento do Estado segundo o qual os benefícios proporcionados através da instituição do casamento podem ser remediados por alteração na legislação que de outra forma concedam ditos benefícios aos casais co-habitantes. Na minha opinião aquela colocação remontam ao argumento do ‘separados mas iguais’ que foi há tanto rejeitado no Canadá como justificativa para uma lei outrora discriminatória.** (193) Eu entendo que não responde às preocupações dos Requerentes simplesmente dizer a eles que os casais formados por pessoas do mesmo sexo têm – ou terão – todos os benefícios que os casais casados têm através de outras medidas legislativas tais como ‘parcerias domésticas’. (194) **Aceitar aquele argumento significaria que eu concordo que os casais formados por pessoas do mesmo sexo têm direito a todos os benefícios e privilégios que os casais formados por pessoas de sexos diversos têm garantidos através do casamento, mas não o direito a ser reconhecidos como casados. Em outras palavras, eu teria que abraçar o conceito segundo o qual casais formados por pessoas do mesmo sexo têm o direito de se casar; eles apenas não poderiam se apropriar da palavra casamento porque ela pertenceria exclusivamente a casais heterossexuais. Isso seria um conceito equivocado para essa corte abraçar.** (195) Deve ser lembrado que em algum momento afro-descendentes tinham o direito a sentar no mesmo ônibus dos ‘brancos’ e em assentos que eram igualmente confortáveis aos outros assentos. Eles apenas não poderiam sentar na parte da frente do ônibus porque aqueles assentos iguais eram reservados para ‘pessoas brancas’. Da mesma forma, afro-descendentes tinham o direito a beber água e a usar banheiros que eram em todos os aspectos iguais àqueles usados por pessoas brancas. Mais uma vez, eles não poderiam fazê-lo na mesma fonte ou usar o mesmo banheiro dos brancos. Cada um dos quais eram – apesar de serem conceitos aparentemente merecedores de crédito – desconsiderados e rejeitados pelas cortes nos Estados Unidos. (196) No caso*

E, sobre a ausência de prejuízos a heterossexuais pelo reconhecimento do casamento civil homoafetivo, verifica-se de um lado a absoluta **inadequação e desnecessidade** do não-reconhecimento do casamento civil homoafetivo para que se atinja o propagado objetivo que se diz que se visa proteger, a saber, a procriação (já que o simples reconhecimento do casamento civil homoafetivo não traz prejuízos nenhum a casais heteroafetivos ou a heterossexuais em geral que desejem procriar) ou o bem-estar de crianças/adolescentes (ante os diversos estudos que comprovam a inexistência de prejuízos aos mesmos pelo simples fato de serem criados por um casal homoafetivo, que demonstram não haver diferenças na adaptação e sociabilidade de crianças e adolescentes criados por casais homoafetivos relativamente àquelas criadas por casais heteroafetivos, da mesma forma que não há “maior chance” de a pessoa se descobrir homossexual por sua mera criação por um casal homoafetivo, preocupação esta que já constitui preconceito, por considerar a homossexualidade menos natural que a heterossexualidade<sup>35</sup>), e de outro percebe-se que o reconhecimento do direito ao casamento civil aos casais homoafetivos é medida **adequada e necessária** para se resguardar a isonomia e a dignidade humana destes, já que são os únicos regimes jurídicos que regulamentam a família conjugal contemporânea no Brasil, além de a negação de acesso de casais homoafetivos ao casamento civil para destina-los a uma união civil autônoma configurar a nefasta, por segregacionista, política do “separados, mas iguais” entre casais homoafetivos e casais heteroafetivos.

Sobre a *proporcionalidade em sentido estrito*, **não há o que ponderar contra o casamento civil homoafetivo**, pois ninguém perde nada com o seu reconhecimento – como bem dito pelo **Ministro Ayres Britto**, os heteroafetivos nada perdem aonde os homoafetivos ganham<sup>36</sup> quando afirma que **“Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham”** (p. 46 de seu voto<sup>37</sup>), o que é

---

Andrews a nossa Suprema Corte – com igual ênfase judicial – rejeitou dita doutrina no Canadá. Naquela questão eu concordo com a fala de Linden J.A. no seu voto divergente no **caso Egan v. Canadá** que entendeu que: **Não se pode fugir da conclusão segundo a qual o oferecimento de benefícios às parcerias de gays e lésbicas através de um esquema diferente daquele conferido às parcerias heterossexuais é uma versão da doutrina do separados mas iguais. Aquela doutrina estarecedora não deve ser ressuscitada no Canadá quatro décadas após a sua tão-proclamada morte nos Estados Unidos.** (197) Em conclusão, eu entendo que a resposta a este primeiro aspecto da análise da seção 15(1) da Carta de Direitos é – a regra tradicional do casamento sujeita os Requerentes a um tratamento diferenciado daquele conferido a outros. Isso significa dizer que eu considero que lésbicas e gays são tratados diferentemente do que heterossexuais quando são-lhes negados o direito de entrada na instituição social do casamento”. (grifos nossos)

<sup>35</sup> Vide o estudo (em inglês – tradução livre): **“A Ausência de Diferenças entre Pais Gays/Lésbicas e Heterossexuais: Uma Retrospectiva da Literatura”**. O estudo foi localizado, em inglês, na internet, no seguinte endereço eletrônico: <http://www.ibiblio.org/gaylaw/issue6/Mcneill.htm> (acesso em 30/04/2008), que traz um impressionante apanhado de pesquisas nesse sentido, a saber seguindo a ordem ali apresentada): (i) **sobre casais homoafetivos formados por lésbicas**: Strong & Schinfeld – 1984, Harris & Turner – 1986, Shavelson, Biaggio, Cross, & Lehman – 1980, Pagelow – 1980, Kveskin & Cook – 1982, Green, Mandel, Hotvedt, Gray, & Smith – 1986, Peters & Cantrell – 1991, Patterson – 1995a, McNeill, Rienzi, & Kposowa – 1998; (ii) **sobre casais homoafetivos formados por gays**: Miller – 1979, Mallen – 1983, Skeen & Robinson – 1984, Bigner & Jacobsen – 1989a, Bigner & Jacobsen – 1989b, Bigner & Jacobsen – 1992, Crosbie-Burnett & Helmbrect – 1993, Bailey, Bobrow, Wolfe, & Mikach – 1995; (iii) **sobre desenvolvimento de crianças de pais homossexuais e heterossexuais**: Weeks, Derdeyn, & Langman – 1975, Miller – 1979, Kirkpatrick, Smith, & Roy – 1981, Hoesser – 1981, Miller, Jacobsen, & Bigner – 1982, Golombok, Spencer, & Rutter – 1983, Harris & Turner – 1986, Pennington – 1987, Bozett – 1988, Huggins – 1989, Bailey, Bobrow, Wolfe, & Mikach – 1995, Flaks, Ficher, Masterpasqua, & Joseph – 1995, Patterson – 1995c, Tasker & Golombok – 1995, Patterson & Mason, Chan, Raboy, & Patterson. Todos eles concluíram pela ausência de diferenças nas pessoas criadas por casais homoafetivos em relação àquelas criadas por casais heteroafetivos por conta unicamente do fato de terem sido criadas por um casal homoafetivo.

<sup>36</sup> Nesse sentido, vide VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **MANUAL DA HOMOAFETIVIDADE. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Método, 2008, Capítulo 10, relativo ao princípio da proporcionalidade.

<sup>37</sup> Vejamos trecho mais completo no qual esta afirmação está inscrita: “E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não-equivalência jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. **Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham.** E quanto à sociedade como um todo, sua

um raciocínio perfeito, pois o mero reconhecimento da juridicidade do casamento civil homoafetivo não trará nenhum prejuízo a heterossexuais, que evidentemente continuarão mantendo uniões heteroafetivas, além disto não trazer nenhum prejuízo à procriação da espécie humana justamente pela evidente continuidade da existência de uniões heteroafetivas e, ainda, pelas técnicas de reprodução assistida que auxiliam casais homoafetivos que desejam ter filhos biológicos de um ou ambos os membros do casal.

Essa foi, aliás, linha de raciocínio adotada pela **Suprema Corte da África do Sul**<sup>38</sup> que declarou tal inconstitucionalidade da proibição do casamento civil homoafetivo, após refutar as argumentações trazidas pelo Estado para tentar se justificar.<sup>39</sup>

---

*estruturaração é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito [...]*” (pp. 46-47 de seu voto – grifo nosso).

<sup>38</sup> Case CCT 60/04 e Case CCT 10/05, in <http://www.constitutionalcourt.org.za> (link “Judgments”, “Search”, Keyword “homosexual” – caso “*Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another (Doctors for Life International and Others, Amicus Curiae); Lesbian and Gay Equality Project and Others v Minister of Home Affairs and Others*”). Acesso em 13/10/06.

<sup>39</sup> Nas palavras da Corte: “**Justificação. (110) Tendo aceito que a necessidade de um grau apropriado de respeito aos conceitos tradicionais de casamento não constitui, nos termos da lei, uma barreira para a defesa dos direitos constitucionais dos casais formados por pessoas do mesmo sexo, uma ulterior questão surge: houve demonstração da justificação exigida pela seção 36 da Constituição**<sup>39</sup> **para a violação da igualdade e da dignidade desses casais?** O Estado fez a mera alegação em suas razões escritas que havia justificação, sem avançar em considerações diferentes daqueles por ele já referidas em relação à injusta discriminação. **O Sr. Smyth, por outro lado, devotou considerável atenção ao argumento de que existia justificação para a discriminação mesmo se ela tivesse um duro impacto nos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Seu argumento central era que o propósito da limitação dos direitos dos casais formados por pessoas do mesmo sexo era a manutenção do casamento como um conhecido pilar da sociedade, e para proteger as crenças religiosas de muitos Sul Africanos. A Aliança do Casamento similarmente defendeu que qualquer discriminação à qual casais formados por pessoas do mesmo sexo estivessem sujeitas era justificável sob o fundamento de que a exclusão dos casais formados por pessoas do mesmo sexo do casamento era destinada a proteger e assegurar a existência e a vitalidade do casamento como uma importante instituição social. Há conseqüentemente duas proposições inter-relacionadas colocadas como justificativas que precisam ser consideradas. A primeira é que a inclusão de casais formados por pessoas do mesmo sexo iria abalar instituição do casamento. A segunda é a de que essa inclusão iria ofender e impor-se sobre fortes suscetibilidades religiosas de certos setores do público. (111) A primeira proposição foi enfrentada por pelo Juiz Ackerman em Home Affairs. Referindo-se à possível justificação relacionada à exclusão de conviventes do mesmo sexo dos benefícios concedidos aos casais casados pela lei de imigração, ele afirmou: ‘Não há interesse no outro lado que entre no processo de ponderação (para justificação). É verdade... que a proteção à família e à vida familiar em relacionamentos convencionais entre cônjuges é um importante objetivo governamental, mas a extensão para a qual isso poderia ser feito jamais seria limitada ou afetada se conviventes do mesmo sexo fossem incluídos de forma apropriada sob a proteção dessa (seção)’ As mesmas considerações se aplicam em relação à permissão de casais formados por pessoas do mesmo sexo usufruírem dos benefícios aliados às responsabilidades que a lei do casamento proporciona aos casais heterossexuais. **Garantir acesso aos casais formados por pessoas do mesmo sexo não iria de forma alguma atenuar a capacidade de casais heterossexuais de se casarem na forma que eles desejarem e de acordo com os dogmas de suas religiões.** (112) A segunda proposição é baseada na assertiva derivada de particulares crenças religiosas segundo as quais permitir que casais formados por pessoas do mesmo sexo ingressassem na instituição do casamento iria desvalorizar aquela instituição. Qualquer que seja a sua origem, objetivamente falando esse argumento é de fato profundamente degradante de casais formados por pessoas do mesmo sexo, e inconsistente com a exigência constitucional que todos sejam tratados com igual consideração e respeito. (113) Conquanto fortes e sinceras sejam as crenças subjacentes à segunda proposição possam ser, essas crenças não podem, por meio do Estado-lei, ser impostas sobre toda a sociedade e de uma forma que negue os direitos fundamentais àqueles negativamente afetados. A assertiva expressa ou implícita segundo a qual trazer os casais formados por pessoas do mesmo sexo sob a proteção da lei do casamento iria macular aqueles já abrangidos por esta proteção só pode ser baseada em um prejulgamento, ou preconceito contra a homossexualidade. Isso é exatamente o que a seção 9 da Constituição [isonomia] protege contra. Pode até ser que aquelas pressuposições negativas sobre a homossexualidade ainda estejam largamente imiscuidos em certos setores da nossa sociedade. A ubiqüidade do preconceito não pode validar sua legitimidade. Como o Juiz Ngcobo disse em Hoffmann: ‘O preconceito nunca pode justificar uma discriminação injusta. Este país emergiu recentemente de um preconceito institucionalizado. Nossos estudos legais estão repletos de casos nos quais o preconceito foi levado em consideração na negativa de direitos que hoje nós consideramos como básicos. Nossa democracia constitucional entrou em uma nova era – é uma era caracterizada pelo respeito à dignidade humana por todos os seres humanos. Nessa era, preconceito e estereotipização não têm vez. Realmente, se como uma nação nós pretendemos atingir o ideal de igualdade que nós estampamos na nossa Constituição nós nunca deveremos tolerar o preconceito, seja direta ou indiretamente. [...] Eu concluo, portanto, que os argumentos ofertados a amparar a justificação [da proibição do casamento civil homoafetivo] não podem ser aceitos. [...]’ (tradução livre).**

Verifica-se, assim, sob todos os ângulos que a única forma de não se afrontar arbitrariamente a dignidade dos casais homoafetivos é pelo reconhecimento da possibilidade jurídica de seu casamento civil, razão pela qual tem-se por possível juridicamente o casamento civil e a união estável por pessoas do mesmo sexo (através da interpretação extensiva ou da analogia), uma vez que a proibição da consagração dessas uniões por esses regimes jurídicos é inconstitucional, por incompatível com os princípios da igualdade e da dignidade humana, direitos humanos fundamentais e normas constitucionais de eficácia plena que são. Dessa forma, não há que se invocar o *princípio da proporcionalidade* para justificar o atual preconceito jurídico existente contra os casais homoafetivos, tendo em vista que sequer há direito dos casais heteroafetivos em conflito com o direito daqueles que justificasse tal posição. Ao contrário, é a posição arbitrariamente discriminatória que hoje não reconhece tais direitos que afronta o princípio da proporcionalidade, dada a completa inexistência de correlação lógico-racional que justifique a concessão de menos direitos aos casais homoafetivos do que aqueles conferidos aos casais heteroafetivos, o que denota a completa irrazoabilidade de tal discriminação negativa.

No mesmo sentido, **Luís Roberto Barroso** afirma restar afrontada a *proporcionalidade em sentido estrito* pela restrição de direitos em virtude da orientação sexual em virtude dela não promover nenhum bem jurídico relevante, mas mero moralismo totalitário de determinado grupo que, embora numeroso, não pode impor seus subjetivismos à ordem pluralista e democrática em que vivemos<sup>40</sup> – acrescento, ainda, que democracia não significa ditadura da maioria, mas governo voltado ao respeito aos direitos fundamentais, mesmo e especialmente quando se tratem de direitos de grupos minoritários. O autor é peremptório: “O não-reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas não beneficia, em nenhuma medida, as uniões convencionais e tampouco promove qualquer valor constitucionalmente protegido”<sup>41</sup>.

Assim, enquanto a *proporcionalidade em sentido estrito*, de um lado, não justifica o não-reconhecimento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo pela ausência de direito de casais heteroafetivos em conflito com tais direitos dos casais homoafetivos, de outro, impõe o reconhecimento desses direitos, pelo mesmo motivo, razão pela qual é novamente inconstitucional o não-reconhecimento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo por afronta ao sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Logo, tanto por uma questão de direitos subjetivos quanto por uma questão de dignidade humana, a negativa de conversão de união estável homoafetiva em casamento civil **efetivamente hierarquiza a entidade familiar heteroafetiva sobre a homoafetiva** e implica em efetiva afronta aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana ante a arbitrariedade de tal conduta e a inexistência de norma proibitiva/limites semânticos do texto impeditivos de tal exegese constitucional inclusiva (de inclusão da união homoafetiva no regime jurídico do casamento civil e da união estável), pois, como bem afirmado pela **Suprema Corte de Ontário/Canadá**, o reconhecimento do direito da união homoafetiva como família conjugal mas a negativa de acesso da mesma ao casamento civil passar a ela a **sinistra mensagem** segundo a qual ela não seria merecedora do casamento civil, ante a dignidade social notoriamente atribuída ao mesmo ser muito superior ao que se reconhece a outras “uniões

---

<sup>40</sup> BARROSO, Luís Roberto. **DIFERENTES MAS IGUAIS: O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS NO BRASIL**, Revista de Direito do Estado, nº 5, pp. 167 e ss, 2007 – disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/dir-sexuais-reprodutivos/docs\\_atuacao/ParecerBarroso%20uniaio%20homossexuais.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/dir-sexuais-reprodutivos/docs_atuacao/ParecerBarroso%20uniaio%20homossexuais.pdf) (acesso em 28 set. 2007). No original: “Ocorre, porém, que o não-reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo não promove bem jurídico que mereça proteção em um ambiente republicano. Ao contrário, atende apenas a uma determinada concepção moral, que pode até contar com muitos adeptos, mas que não se impõe como juridicamente vinculante em uma sociedade democrática e pluralista, regida por uma Constituição que condena toda e qualquer forma de preconceito. Esta seria uma forma de perfeccionismo ou autoritarismo moral, próprio dos regimes totalitários, que não se limitam a organizar e promover a convivência pacífica, tendo a pretensão de moldar indivíduos adequados. Em suma, o que se perde em liberdade não reverte em favor de qualquer outro princípio constitucionalmente protegido”. (sem grifos e destaques no original)

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 33.

*civis/parcerias civis registradas/pactos de solidariedade*” e à coabitação não-matrimonializada. Ademais, tanto se constata tal hierarquização que, no debate estadunidense, **Richard Posner** se opõe ao reconhecimento do casamento civil homoafetivo em razão de entender que isso ensejaria uma aprovação estatal à conjugalidade homoafetiva [no mesmo status reconhecido à família conjugal heteroafetiva], o que considera inaceitável<sup>42</sup> (o que demonstra, *data venia*, preconceito do citado autor, pela ausência de motivação lógico-racional que justifique sua posição). É um exemplo que comprova como a negativa de acesso ao casamento civil implica em menosprezo àqueles a quem ele é negado (e, ainda que no Brasil a união homoafetiva tenha sido reconhecida como família conjugal pelo STF, eventual não-extensão do casamento civil a ela denotará a mensagem de ausência de igual consideração entre ela e a união heteroafetiva).

Portanto, considerando que **o direito ao casamento civil por casais homoafetivos é uma decorrência da aplicação direta dos princípios constitucionais** da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da liberdade real, tem-se que **é obrigação dos Cartórios de Registro Civil permitirem a casais homoafetivos consagrarem suas uniões homoafetivas pelo casamento civil, em especial quando já tenham uma união estável reconhecida**, tanto pelo fato de a Constituição determinar a obrigatoriedade da permissão da conversão da união estável em casamento civil (argumento formal), quanto pelo fato de o casamento civil visar regulamentar a *família conjugal*, existente tanto na união homoafetiva quanto na união heteroafetiva preencham os requisitos da união estável (união pública, contínua e duradoura, com o intuito de constituir família, o que se dá quando haja comunhão plena de vida e interesses, pautada na lealdade, fidelidade e mútua assistência) – argumento material.

#### BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 5ª Edição Alemã, 1ª Edição Brasileira, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *NEGÓCIO JURÍDICO: Existência, Validade e Eficácia*, 4ª Edição, 5ª Tiragem, São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **DIFERENTES MAS IGUAIS: O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS NO BRASIL**, Revista de Direito do Estado, nº 5, pp. 167 e ss, 2007 – disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/dir-sexuais-reprodutivos/docs\\_atuacao/ParecerBarroso%20uniao%20homossexuais.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/dir-sexuais-reprodutivos/docs_atuacao/ParecerBarroso%20uniao%20homossexuais.pdf) (acesso em 28 set. 2007).

BARROSO, Luís Roberto. **INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO**, 6ª Edição, 3ª tiragem, São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O Judiciário entrou na política*, in Migalhas de Peso. Disponível em: [http://www.migalhas.com.br/mostra\\_noticia\\_articuladas.aspx?cod=19490](http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=19490). Acesso em 19.04.2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA ANOTADA**, Volume I, 1ª Edição Brasileira, 4ª Edição Portuguesa, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais e Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito. Proteção Constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade. Um Panorama Luso-Brasileiro*, 1ª Edição, Curitiba: Juruá Editora, 2011.

DIAS, Maria Berenice (org.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva. O Preconceito & a Justiça**, 4ª Edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*, 22ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

---

<sup>42</sup> POSNER *apud* JR., Willian N. Eskridge. SPEDALE, Darren R. **GAY MARRIAGE: For Better or for Worse? What We've Learned from de Evidence**, 1ª Edição, Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 25-26.



DINIZ, Maria Helena, **LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO INTERPRETADA**, 11ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

GERSTMANN, Evan. **Same-Sex Marriage and the Constitution**, 2ª Edição, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **DIREITO CIVIL BRASILEIRO: Direito de Família**, 4ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

HESSE, Konrad. **A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO**, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, 1ª Edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Administrativo**, 10ª Edição, Editora JusPODIVM, 2011.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de, **A Constitucionalidade do Casamento Homossexual**, 1ª Edição, São Paulo: Editora LTr, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, 3ª Edição, 11ª Tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**, Tradução de Edson Bini, 1ª Edição, São Paulo: Editora Edipro, 2004.

NETO, Diogo de Figueiredo Camargo. **Curso de Direito Administrativo**, 13ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de Injunção**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 1999.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**, 24ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2011.

REALE, Miguel, **LIÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO**, 27ª Edição, 4ª tiragem, São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito**, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual: a Homossexualidade no Direito brasileiro e Norte-Americano**, Porto Alegre: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 25ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. LIMA, Rogério Montai de. **O direito de conversão da união estável em casamento nas relações homoafetivas**. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI137382,41046-O+direito+de+conversao+da+união+estavel+em+casamento+nas+relacoes> (acesso em 15/09/2011).

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **A Família Juridicamente Protegida, a Lei Maria da Penha e a Proteção Constitucional da Família Homoafetiva – Equívocos dos Julgamentos do TJRS que negaram o Direito ao Casamento Civil Homoafetivo**. In: Revista do Direito das Famílias e Sucessões, n.º 16, jun-jul/2010, pp. 97-113.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **A hermenêutica jurídica**. In: DIAS, Maria Berenice (org). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 141-159.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Os princípios fundantes. Dignidade da pessoa humana; liberdade; igualdade e respeito às diferenças; proporcionalidade e razoabilidade**. In: DIAS, Maria Berenice (org). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 199-235.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Colisão e antinomia entre princípios e regras**. In: DIAS, Maria Berenice (org). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 236-248.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo (PLC 122/2006)**. In: DIAS, Maria Berenice (org). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 511-528.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Homoafetividade e família. Casamento civil, união estável e adoção por casais homoafetivos à luz da isonomia e da dignidade humana. Uma resposta a Rafael D'Ávila Barros Pereira**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1824, 29 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11441>>. Acesso em: 24 set. 2011.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **MANUAL DA HOMOAFETIVIDADE. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Método, 2008.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O direito do transexual com filhos à cirurgia de transgenitalização** (In: DIAS, Maria Berenice (org). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 445-460).

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O STF e a união estável homoafetiva. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2870, 11 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19086>>. Acesso em: 24 set. 2011.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **União Estável Homoafetiva e a Constitucionalidade de seu Reconhecimento Judicial**. In: Revista do Direito das Famílias e Sucessões, n.º 14, Fev-Mar/2010, pp. 66-88.