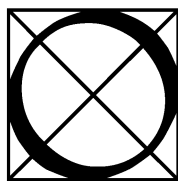


# O CASAMENTO CIVIL DE PESSOAS DE MESMO SEXO À LUZ DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade\*

Sumário: Introdução - 1 Teoria do fato jurídico – 2 Casamento como negócio jurídico – 3 O reconhecimento da existência jurídica do casamento de pessoas de mesmo sexo – Conclusões – Referências.

## INTRODUÇÃO



estudo dos fatos e acontecimentos que ocorrem no mundo e que trazem interesse e repercussões para o mundo jurídico foi reconhecido na teoria do fato jurídico. Assim, aqui no Brasil, Pontes de Miranda foi o maior expoente de sua época, e mesmo depois dela, acerca da matéria, tratando nos seus primeiros volumes da obra Tratado de Direito Privado do arcabouço teórico em torno da existência, da validade e da eficácia dos negócios jurídicos, do conceito dos fatos e atos.

Mais recentemente, Marcos Bernardes de Mello também se dedicando ao mesmo estudo, é, hoje, responsável pela obra mais atualizada em torno da teoria do fato jurídico, desenvolvido a partir das lições de Pontes de Miranda.

Ensinam ambos os mestres que todo negócio jurídico necessita existir na ordem jurídica, ser válido e eficaz, para que os normais efeitos esperados venham a ocorrer efetivamente. Assim, um negócio jurídico inexistente, inválido ou ineficaz não deve produzir efeitos.

Considerando, conforme consenso majoritário no direi-

---

\* Especialista, Mestre e Doutoranda em Direito Civil/UFPE. Professora das Faculdades Damas e UNINASSAU

to de família brasileiro, que o casamento é um negócio jurídico especial, e que está submetido, portanto, à existência, à validade e à eficácia jurídicas, e que no Brasil não se dispõe ainda de legislação expressa a respeito do casamento civil de pessoas de mesmo sexo, poder-se-ia questionar da possibilidade de reconhecimento no Direito dos efeitos de um casamento realizado no país em tais condições.

O Em dezembro de 2011, o Cartório do Registro Civil da 4ª Zona das Pessoas Naturais de Porto Alegre autorizou o primeiro casamento de pessoas de mesmo sexo a ser realizado independentemente de conversão de união homoafetiva, seguindo mesma tramitação para o casamento de pessoas de sexos diversos, nos termos das exigências do Código Civil de 2002 e Lei de Registros Públicos<sup>1</sup>.

Não muito antes disso, várias foram as decisões em todo o país, que autorizaram a conversão da união homoafetiva em casamento, após decisão do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar a ADI 4277 e ADPF 132-RJ, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, nos mesmos moldes da união estável, esta já legalmente prevista na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil brasileiros, e determinando em corolário a aplicação dos mesmos efeitos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-01/porto-alegre-registra-casamento-gay-necessidade-acao-justica>>. Acesso em: 17 março 2012.

<sup>2</sup> *São Paulo* - Guarulhos - Pedido de conversão de união estável em casamento. (SP, Proc. nº 224.01.2011.081916-6, Juíza Substituta Rafaela de Melo Rolemberg, j. 07/02/2012); *São Paulo* - Santos - Conversão de união estável em casamento. (SP, Proc. nº 2371/2011, 2ª Vara da Família e Sucessões, j. 12/12/2011); *Distrito Federal* - Brasília - Pedido de reconhecimento de união estável, seguido de conversão para casamento civil. (TJDF, 5ª Vara de Família, Proc. nº 2011.01.1.145424-4, Juiz de Direito Subst. Josmar Gomes de Oliveira j. 30/08/2011); *São Paulo* - Limeira - Pedido de conversão de união estável em casamento. (SP, Proc. 3587/09, Juiz de Direito Mario Sergio Menezes, j. 30/08/2011); *São Paulo* - Franco da Rocha - Pedido de conversão de união estável em casamento. (SP, Proc. nº indisponível, Juiz de Direito Fernando Dominguez Guiguet Leal, j. 19/08/2011); *São Paulo* - Dracena - Pedido de conversão de união estável em casamento. (SP, Protocolo nº 363/11, Juiz de Direito Bruno Machado Miano, j. 04/08/2011); *Pernambuco* - Recife - Pedido de conversão de união estável homoafetiva em casamento. (PE, 1ª Vara de Família e

O objetivo deste brevíssimo estudo é verificar, dentro da teoria do fato jurídico, o reconhecimento dessa união, na configuração atual do sistema jurídico brasileiro, especialmente em relação ao direito de família, como existente, válida e eficaz, apta, portanto, a gerar seus efeitos correlatos, quais sejam, pessoais, patrimoniais e sociais.

## 1 TEORIA DO FATO JURÍDICO

Nas palavras de Pietro Perlingieri, “fato jurídico é qualquer evento que seja idôneo, segundo o ordenamento, a ter relevância jurídica” (2008, p. 635). A norma realiza comando preventivo de situações (fatos), que, uma vez ocorrentes, se adequam à previsão (suporte fático), permitindo que haja eficácia. Assim, para a eleição de previsibilidade, a norma toma por relevante determinadas situações (avaliação normativa).

Para a sistematização do estudo pertinente à análise dos efeitos gerados pelos mais variados fatos jurídicos, a teoria ficou estabelecida num conceito geral do qual se extraem espécies, como o fato jurídico em sentido estrito, o ato jurídico em sentido amplo e em sentido estrito, o ato-fato jurídico, o negócio jurídico, o ato ilícito (MELLO, 2008, p. 45-52). E, para o aprofundamento da pesquisa dos efeitos desses fatos, tem-se os planos da existência, da validade e da eficácia, podendo-se inferir:

- (a) que existência, validade e eficácia são três situações distintas por que podem passar os fatos jurídicos e, portanto, não é possível tratá-las como se fossem iguais;
- (b) que o elemento existência é a base de que dependem os outros elementos.

---

Registro Civil, Juiz de Direito Clícério Bezerra e Silva, j. 02/08/2011); *Santa Catarina* - Itajaí - Conversão de união estável em casamento. (SC, Autos nº 033.11.010261-7, Juiz de Direito Roberto Ramos Alvim, j. 15/07/2011). *Distrito Federal* - Brasília - Pedido de conversão de união estável homoafetiva em casamento. (DF, Proc. nº 101695-7/2011, Juíza de Direito Sub. Junia de Souza Antunes, j. 28/06/2011); *São Paulo* - Jacaréí - Pedido de conversão de união estável homoafetiva em casamento. (TJSP, Juiz de Direito Fernando Henrique Pinto, j. 27/06/2011).

(MELLO, 2008, p. 102).

A existência depende de uma predisposição normativa, em que haja possibilidade de reconhecimentos. Não significa dizer, portanto, que se um fato ocorreu no mundo natural, o mesmo repercutirá jurídica e necessariamente, pois nem tudo que acontece no mundo dos homens poderá ser reconhecido no mundo do Direito para fins de produção de efeitos. Neste sentido, quando o sistema normativo ignora tais situações, não se pode atribuir efeitos a algo que não existe. Repita-se que a existência fática nem sempre corresponde à existência jurídica.

À primeira vista, poder-se-ia pensar que, uma vez não valorada pela lei, nenhuma situação ou conduta poderia ser relevante para o direito. Mas tal não é assim, pois adotar esta interpretação seria impedir o avanço da tutela jurídica em situações não expressas em lei, como ocorria na aplicação do direito nas escolas positivistas.

O sistema jurídico brasileiro é composto por regras e princípios, assim, todos são normas e deles emanam enunciados (comandos ordenatórios, programáticos, axiológicos, permissivos, proibitivos). Neste diapasão, não somente as regras são instrumentos de direito, mas também os princípios o são, deles partindo aplicação do direito, muitas vezes, inclusive, de forma imediata e direta (TEPEDINO, 2000, p. 323).

A propósito, já expressou Pietro Perlingieri:

O fato concreto é sempre juridicamente relevante; nem sempre, todavia, a norma lhe atribui efeitos jurídicos individualizáveis de modo específico e determinado (...). Cada fato da realidade social, mesmo aquele mais simples e aparentemente insignificante, tem juridicidade.

Neste sentido, alguns elementos de existência são verificados para os negócios jurídicos. Particularmente, no que diz respeito ao casamento, posto que a diversidade de sexos e o consentimento manifestado perante autoridade competente, durante muito tempo, foram eleitos pela doutrina componentes do negócio jurídico especial de direito de família, vinculando

os contraentes em uma relação jurídica, que deverá também ser válida. Neste caso, a validade depende dos requisitos formais e subjetivos, quais sejam: habilitação e celebração do casamento, na forma da lei civil; e capacidade núbil, também prevista na lei civil.

A análise, todavia, dos requisitos de validade de um negócio, fundados a partir de um consenso manifestado solenemente, ainda se vincula ao reconhecimento prévio (existência) do fato ensejador. Fato este, que “não é somente aquele produtor de consequências jurídicas bem individualizadas, mas qualquer fato que, enquanto expressão positiva ou negativa (fato ilícito) de valores ou princípios presentes no ordenamento, tenha um significado próprio segundo o direito” (PERLINGIERI, 2008, p. 639).

## 2 CASAMENTO COMO NEGÓCIO JURÍDICO

Historicamente, o casamento sempre teve como senso comum a união de um casal com o intuito de formar uma nova família. Mesmo no passado, tal era o objetivo, mesmo quando ainda não se está diante de uma organização sistemática do direito de família, nos moldes como hoje se conhece (COULANGES, 2006, *passim*).

Interessante estudo foi realizado por Michel Rouche a respeito do casamento, desde a era cristã, concluindo que o instituto como união indissolúvel, celebrada por um sacramento, veio substituir antigos costumes de poligamia, provocando grande mudança nos hábitos europeus (2005, p. 1). Para o mesmo autor, o casamento, como hoje se conhece, é uma invenção cristã.

Talvez por isso até hoje não se consiga dissociar a idéia de casamento do sacramento, imbricados que estavam a noção de união, aliança, nos termos da religião cristã. Todavia, em que pese o direito ter se apropriado do conceito religioso de

casamento, nunca o legislou em direito sem esquecer o cunho patrimonial ao qual também ele estava vinculado. A própria indissolubilidade do casamento, que só foi afastada no direito brasileiro em 1977, com a Lei nº 6.515, era o reflexo da influência religiosa no casamento civil.

Nas legislações ocidentais modernas, o casamento é instituído a ser protegido, como meio formador de família, a gerar efeitos patrimoniais, sociais e pessoais, como parentesco, filiação, estado civil, assistência material, administração e disposição de bens (comuns e exclusivos). Embora se saiba que não é a única fonte de formação de novas famílias, é ainda o casamento a principal delas, seja em razão da interferência dos preceitos religiosos, seja em razão da cultura romano-germânica legada aos povos por eles influenciada.

Analisada à luz da teoria do fato jurídico, seria o casamento um negócio jurídico especial, solene, realizado, sobretudo, em razão da manifestação válida das vontades dos nubentes, perante autoridade competente. Dividem tal posicionamento doutrina majoritária brasileira, como resumido em Stolze; Pamplona Filho (2012, p. 113-14).

Dentre os variados conceitos trazidos pelos diversos autores brasileiros, destacar-se-á aqui o de Paulo Lobo, pela simplicidade das palavras dispostas em largo alcance cuja definição se torna clara e ampla:

O casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado. (2011, p. 99)

Neste sentido, para que o casamento possa ser considerado eficaz na ordem jurídica, necessário que ele exista juridicamente, que preencha os requisitos de validade e obtenha sua eficácia mediante registro público.

A propósito de sua existência, preleciona Marcos Bernardes de Mello, que “no plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a reali-

dade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a se saber se o suporte fático suficiente se compôs, dano ensejo à incidência” (2008, p. 102).

Assim, o brevíssimo estudo ora proposto acerca da investigação da existência ou inexistência do casamento celebrado no Brasil de pessoas de mesmo sexo, e também a conversão da união homoafetiva em casamento, busca a partir de agora responder à importante questão: é existente o casamento homoafetivo brasileiro?

### 3 O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO CASAMENTO DE PESSOAS DE MESMO SEXO

Instigados pela mesma preocupação acerca de tal problema, se o casamento de pessoas de mesmo sexo no país, que não dispõe de lei ordinária regulamentando a matéria – muito embora não tenha nenhum comando normativo expresso de proibição – existiria juridicamente ou não, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, em obra recente, concluíram que:

Por conta da formalidade de que se reveste o matrimônio, exigindo a estreita observância das normas em vigor, com acentuada carga de ordem pública, a admissibilidade jurídica da união matrimonial entre pessoas do mesmo sexo demandaria, em nosso pensar, uma previsibilidade legal específica, alterando-se, pois, o sistema em vigor (2012, p. 204).

Nesse mesmo entendimento: Rolf Madaleno, Maria Helena Diniz (STOLZE; PAMPLONA FILHO, p. 204).

Contrariando esse entendimento, em decisão monocrática irretocável, Clécio Bezerra e Silva, ao julgar Processo de Habilitação de Casamento, nos autos de processo ajuizado perante a 1ª Vara de Família e Registro Civil da capital pernambucana, aduz que:

Firmando minha convicção, começo por aclarar que o caso revelado pelos meandros destes autos, transcende a uma simples questão de usurpação principiológica da dignidade da pessoa humana e da cidadania (art. 1º, II e III, CF/88), e dos

direitos fundamentais à igualdade (art. 5º, caput e I, CF/88), liberdade, intimidade (art. 5º, X, CF/88) e proibição de discriminação (art. 3º, IV, CF/88).

Resvala, numa luminosa evidência, na matriz estruturante do Estado Republicano de Direito: a democracia. Isso porque, numa sociedade democrática, na qual o pluralismo e a convivência harmônica dos contrários devem subsistir, não há espaço para prevalência de normas jurídicas que conduzam à interpretações polissêmicas e/ou excludentes dos direitos de minorias, como se dá no bojo das normas que restringem a legitimação estatal às relações puramente heteroafetivas.

É o que se opera no corpo dos preceitos jurídicos a seguir transcritos:

*Art. 226 (CF) “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”*

(...)

*§ 3º “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”*

*Art. 1.723 (CCB) “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura com objetivo de constituição de família.” (destaques meus).*

A compreensão literal de tais dispositivos criará, com efeito, uma odiosa e confinante marginalização social de pares, que acabará por estrangular a democracia e, via oblíqua, o próprio *Estado Pluralista de Direito*.

Não mais se admite, que vencida a primeira década do século XXI, seja negada a uma parcela de cidadãos, sob as mais torpes justificativas, a plenitude de seus direitos.

Num Estado Democrático não há guarida para cidadãos de “segunda classe”, “quase cidadão” ou “meio-cidadão”, de quem são usurpados a fruição de direitos e garantias fundamentais, notadamente, o direito personalíssimo à livre escolha sexual e à constituição de família com acesso direto e/ou indireto ao casamento.

Nesse sentido há ser entendida a importância da existência de um Estado laico ou não-confessional, como se consolidou no Brasil com a da separação do Estado e da Igreja, desde o advento da República (Decreto nº 119-A, de 17/01/1890), haja vista que esta é uma premissa básica no acolhimento de todos



os segmentos que compõem a sociedade brasileira na construção de “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social” – como preconiza o preâmbulo da nossa Lei Maior.

Sustentar o contrário parece-me postura de quem lança os próprios olhos em sentido contrário, para não ter que enxergar os enfáticos e irmanados conceitos constitucionais de diversas matizes e seus efeitos irradiantes no campo da moral, da ética, da cultura e do próprio Direito.

A exemplo, dentre outros múltiplos possíveis, lanço o foco mais aceso ao preceito constitucional da igualdade, erigido à categoria de direito fundamental, que exorta que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" (art. 5º, caput, CF/88) e que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição" (art. 5º, I, CF/88).

Os conceitos constitucionais, em suas diferentes categorizações, foram encampados pela Carta Maior para que a nação brasileira possa caminhar, mais resoluta e facilitadamente, em direção a si mesma, de tempos em tempos, assinando o mais eloquente atestado de evolução democrática ao alcançar o status de uma civilização avançada, na qual preconceitos ancestrais, vertidos às minorias, dentre as quais se incluem os cidadãos homoafetivos, sejam combatidos e extirpados do seio social.

Pela fresta dos presentes autos, se percebe a busca de dois cidadãos pela pura e simples progressão de uma sociedade conjugal “precária” para um vínculo civil, com o fito de obter a devida tutela estatal para a nova entidade familiar, a homoafetiva, no perfil das demais constelações familiares - tidas como legítimas pela inteligência do ordenamento jurídico posto. ([blogdoclercio.blogspot.com](http://blogdoclercio.blogspot.com))

Tomando como referência tal *decisum*, que inova nos argumentos para além da principiologia familiar no direito, fundamentando-se na própria essência da organização política do Estado brasileiro, de formação democrática e pluralista, inclusiva e não discriminatória, é de se pensar que de fato, se não há norma brasileira que exclua o casamento de pessoas de mesmo sexo de forma expressa, ou até mesmo implícita, posto que o que se ressalta é a mera omissão, o que resta é o supri-

mento da lacuna pela norma constitucional.

Num sistema jurídico, em que as leis infraconstitucionais se submetem à Carta Maior, como o é a Constituição, não há que se dizer que o casamento de pessoas de mesmo sexo seja afastado como algo proibido. As normas constitucionais, na lacuna de leis ordinárias, são de aplicação imediata e direta. Neste sentido, toda hermenêutica em torno da dignidade da pessoa humana e da garantia de seus direitos existenciais deverão estar acima das limitações de menor ordem, ou seja, o direito ao exercício da sexualidade e a convivência socioafetiva familiar são tutelados por normas constitucionais, portanto, supremas.

Nada há impedimentos de ordem jurídica para o reconhecimento do casamento de pessoas de mesmo sexo, uma vez que, como já dito por Christiano Cassetari, “não há nenhum artigo no Código Civil que estabeleça ser a diversidade de sexo um pressuposto do casamento. Esse requisito sempre foi colocado pela doutrina (e não pela lei), em razão do costume histórico exigir tal requisito” (CASSETARI, 2011).

Demais ainda, a existência de fatos jurídicos, como dito no início deste trabalho, com apoio em Marcos Bernardes de Mello, “no plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a se saber se o suporte fático suficiente se compôs, dano ensejo à incidência” (2008, p. 102).

Nesse diapasão, se a norma estabelece como pressuposto existencial do casamento a manifestação de vontade perante uma autoridade competente, o suporte fático de pessoas de mesmo sexo não está nela previsto como excludente da incidência, especialmente após a decisão do Supremo Tribunal Federal, sobre uniões homoafetivas<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PAR-

TE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUACIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação triotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos

direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou contigente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, *verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

Ainda, segundo as lições de Marcos Bernardes de Mello:

Enquanto a suficiência do suporte fático se reflete no plano da existência – tendo-se por inexistente, o fato jurídico, quando o suporte fático é insuficiente -, a sua deficiência atua no plano da validade ou da eficácia, quer dizer, o fato jurídico existe, porém inválido (nulo ou anulável) ou ineficaz (2008, p. 94).

É de se registrar que o Código Civil brasileiro de 2002 não dispõe, dentro de suas regras a respeito das hipóteses de nulidade ou anulabilidade, a ausência de diversidade de sexos. Veja-se, quanto a isso, os arts. 1.548 e 1.550, do referido Código.

Se a construção do suporte fático como diversidade de sexos não é previsão normativa, para o reconhecimento jurídico do casamento, então não se pode afirmar que o casamento de pessoas de mesmo sexo seja inexistente na ordem jurídica brasileira.

## CONCLUSÕES

O casamento é negócio jurídico especial e complexo, solene, regulado pela lei brasileira como a união *do* homem e *da* mulher (e não necessariamente *entre* o homem e a mulher), numa comunhão de interesses pessoais, inserido no contexto da realização pessoal dos dois cônjuges. Nesse sentido, necessita

---

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

preenchimento de requisitos essenciais para sua existência, validade e eficácia.

Um fato jurídico existe, na medida em que interessa ao direito. Produz efeitos, na medida em que é válido e eficaz, não estando sujeito a condições, termos ou encargos que subtraíam sua eficácia. É válido, na medida em que o suporte fático preenche os requisitos subjetivos, objetivos e formais: sujeito capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não proibida em lei.

O casamento de pessoas de mesmo sexo existe, pois não proibido pela lei civil familista, também não é apontado por ela como hipótese de nulidade ou anulabilidade. Seu suporte fático não é deficiente.

Uma vez existente o fato jurídico do casamento de pessoas de mesmo sexo, a observância de sua validade recai sobre a formalidade da habilitação, da celebração e da eficácia alcançada pelo registro civil.

Posto que o casamento seja união validada pelo consenso de quem tem aptidão para manifestar vontade na ordem jurídica, e que o seu objetivo é o de realizar direitos que se afiguram como existenciais, a aplicação da norma constitucional de forma direta e imediata, está assegurada pela melhor doutrina constitucionalista moderna. Se o Brasil não dispõe de norma expressa que regule o casamento de pessoas de sexos iguais, ao mesmo tempo dispõe a Constituição Federal de 1988 dispositivos que não o afastam; muito ao contrário, a hermenêutica humanista a expressa. Tal conclusão deflui das regras expressas, dos princípios expostos de forma explícita e implícita, como já referido: princípio da igualdade, da não discriminação, do Estado democrático de direitos, da dignidade da pessoa humana.

Se o país adota o sistema composto de regras e princípios e a Constituição Federal de 1988, que está no sistema acima de qualquer outra norma, é principiológica e soberana, a aplicação hermenêutica de seus dispositivos autorizam o reconhecimento jurídico do casamento de pessoas de mesmo sexo.

Neste sentido, há de se perguntar: se a Constituição está para nós, quem está contra nós?



## REFERÊNCIAS

- CASSETARI, Christiano. *O casamento homoafetivo no Brasil*. Disponível em: <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/notiicias/2809016/artigo-o-casamento-homoafetivo-no-brasil-por-christiano-cassetari>>. Acesso em: 17 março 2012.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Traduzido por: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil – famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 9.edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*, v. 1 a 6 . São Paulo: Bookseller, 2000.
- ROUCHE, Michel. Casamento, uma invenção cristã. In: *Revista História Viva*. Edição 25, novembro. São Paulo: Duetto Editorial, 2005.
- STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, v. 6. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. In: *Boletim da Faculdade de Direito Studia Juridica*, n. 48, Colloquia

6. Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p. 323-345.