

Paulo Henrique Garcia Hermosilla

A black and white photograph of two hands reaching towards each other. A red ribbon is tied around the ring fingers of both hands, forming a loop that connects them. The background is a plain, light color.

casamento
homoafetivo

casamento
homoafetivo

Paulo Henrique Garcia Hermosilla

casamento
homoafetivo





Belo Horizonte | **São Paulo**
Av. Brasil, 1843, | Av. Paulista, 2444,
Savassi, Belo Horizonte, MG | 8º andar, cj 82
Tel.: 31 3261 2801 | Bela Vista – São Paulo, SP
CEP 30140-007 | CEP 01310-933

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2021, D'Plácido Editora.

Copyright © 2021, Paulo Hermosilla.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Editor Chefe Plácido Arraes

Editor Tales Leon de Marco

Produtora Editorial Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico Letícia Robini
(Imagem por fotografierende, via Unsplash [modificada])

Diagramação Bárbara Rodrigues

Catálogo na Publicação (CIP)

Hermosilla, Paulo
H556 Casamento homoafetivo / Paulo Hermosilla. - 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo :
D'Plácido, 2021.
164 p.

ISBN 978-65-5589-205-5

1. Direito. 2. Direito Civil. I. Título.

CDDir: 342.1

Bibliotecária responsável: Fernanda Gomes de Souza CRB-6/2472

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



Sumário

<i>Prefácio</i>	7
<i>Apresentação</i>	9
<i>Introdução</i>	11
<i>1. Histórico e contextualização</i>	17
<i>2. A dualidade de sexo como elemento de existência do casamento à luz da Escola da Exegese</i>	27
<i>3. A experiência do direito estrangeiro quanto ao casamento de pessoas do mesmo sexo</i>	45
3.1. França.....	45
3.2. Portugal.....	50
3.3. Espanha.....	59
3.4. Argentina.....	66
3.5. Outros países.....	69

4. O casamento de pessoas do mesmo sexo no direito brasileiro	75
4.1. Lei e doutrina.....	75
4.2. Jurisprudência.....	109
 Conclusão	 143
 Referências	 151

Prefácio

Vem à lume a obra *Casamento homoafetivo*, elaborada com grande esmero pelo Dr. Paulo Hermosilla, fruto de sua dissertação junto ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Traduz a obra oportuno estudo sobre a evolução histórica da família homoafetiva, desde a antiguidade até os tempos atuais, quando a denominada pós-modernidade abriu espaço para o reconhecimento de diversas modalidades relacionais, concedendo-lhes o status de família, formada a partir do afeto mútuo, respeitando a dignidade do ser humano, suas potencialidades e preferências valorativas.

Enfrenta questionamentos éticos, filosóficos e jurídicos, para demonstrar o valor da individualidade e integridade humana e seus consequentes reflexos na composição familiar.

Analisa, ainda, a polêmica questão da existência do casamento entre pessoas do mesmo sexo, em face da inexistência e da teoria das nulidades matrimoniais, no direito pátrio e no direito comparado.

Enfoca com primor e desvelo as posturas legislativas e jurisprudenciais que encerram justas soluções no direito pátrio e no direito estrangeiro, visando à regulamentação das famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, sempre

amparando sua proteção à luz dos direitos da personalidade e dos direitos humanos.

Sua proposta visa coadunar o desenvolvimento cultural ao momento histórico vigente, que se traduz em terreno fértil para a aceitação integral do ser humano em sua rica diversidade.

Trata-se, em suma, de obra de inequívoco valor científico e conteúdo programático que muito auxiliará os operadores do direito a dirimir tão complexa, moderna, avançada e cada vez mais visível temática, aqui enfrentada com afincos e dedicação.

São Paulo, 10 de novembro de 2020.

Carlos Alberto Dabus Maluf

Professor Titular de Direito Civil na Faculdade
de Direito da USP

Apresentação

A presente obra visa trazer ao estudioso do tema um panorama sobre o casamento homoafetivo no Brasil, recente conquista daqueles que, até pouco tempo atrás, estavam à margem da lei e não podiam adquirir o estado civil de casado devido à sua sexualidade.

Procuramos demonstrar que, no passado, por influência da Escola da Exegese, o casamento homoafetivo era tido como inexistente, não gerando, portanto, qualquer efeito jurídico, situação que se alterou no decorrer do século XX, culminando com a apresentação do Projeto de Lei nº 1.195, de 26/10/1995, de autoria da Deputada Federal Marta Suplicy, o qual disciplinava a união civil entre pessoas do mesmo sexo.¹

No âmbito judicial o tema avançou expressivamente, até que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, reconheceu, com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário, a inconstitucionalidade da distinção de tratamento legal dada às uniões estáveis formadas por pessoas do mesmo sexo.

Com base nas decisões da Suprema Corte, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 175, de

¹ Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD-21NOV1995.pdf#page=41>. Acesso em: 03 out. 2020.

14/05/2013,² que trata da “habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo” e, no art. 1º, determina ser “vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”.

Procuramos, ainda, destacar a pouca disposição do Congresso Nacional para votar matéria tão polêmica, o que torna peculiar a situação brasileira, pois os demais países que admitiram o casamento homoafetivo o fizeram através do parlamento.

Esperamos que a obra seja útil ao leitor.

Paulo Hermosilla

² Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1754>. Acesso em: 03 out. 2020.

Introdução

O tema pesquisado na presente obra aborda a existência jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo, principalmente no âmbito do Direito Civil, abstraindo-se da visão antropológica ou sociológica do instituto, mas resgatando o contexto histórico quando necessário. As demais modalidades de entidade familiar são citadas de forma didática, sem alterar o enfoque eminentemente matrimonial da pesquisa.

Inicialmente, uma questão que se coloca é: existe o casamento entre pessoas do mesmo sexo? A resposta é afirmativa, uma vez que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é hoje uma realidade no Brasil e em diversos países, não carecendo de outros requisitos senão os mesmos exigidos nas celebrações tradicionais. No entanto, antes de chegar a esse estágio de evolução matrimonial, a sociedade enfrentou outros desafios, como a revolução sexual, a isonomia dos direitos, o aperfeiçoamento do conceito de dignidade da pessoa humana, o combate ao preconceito e à discriminação etc.

Em matéria de casamento, a doutrina majoritária sustenta que as causas de nulidade devem ser textuais ou expressas, não se admitindo nulidades virtuais. Nesse ambiente surgiu a teoria da inexistência, como forma de impugnação do casamento realizado na ausência de seus elementos fundamentais, isto é, o consentimento, a celebração e a dualidade de sexo.

Tal teoria foi desenvolvida por Zachariae, escritor alemão do século XIX, em seus comentários ao Código Civil francês de 1804, surgidos na Alemanha em 1808 e traduzidos por Aubry e Rau.³

Após dois séculos dos estudos de Zachariae, esta obra pretende destacar a existência jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. Como introdução ao tema, é importante ressaltar que não há fontes seguras para se aferir quando e como o casamento se originou. É provável, porém, que tal união tenha se dado, desde o início, entre um homem e uma mulher, de forma instintiva e por força da necessidade de perpetuação da espécie.

Além da procriação, é evidente o papel fundamental que a família sempre exerceu no desenvolvimento das relações humanas e na formação das sociedades primitivas; o ser humano percebeu que a vida em comunidade proporcionava benefícios que jamais poderiam ser atingidos de maneira individual. Constatou-se, ainda, que os agrupamentos humanos passaram a ser um instrumento necessário para a segurança, a produção de alimentos, a criação da prole e o auxílio mútuo. Por outro lado, a união de várias famílias formou uma comunidade em que objetivos maiores poderiam ser atingidos, como a defesa contra agressões estrangeiras e a delimitação das fronteiras. Dessa forma, a origem da família reflete a gênese do próprio Estado.

A especial proteção atribuída à família pelas constituições modernas, a exemplo do art. 226 da Constituição Federal brasileira de 1988, elevou seu conceito ao patamar de “base da sociedade”. Isso explica o grande interesse na proteção e no fortalecimento da família e de seu maior expoente, o casamento, cujo amálgama garante a estabilidade dos Estados e das Nações.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. 28. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 158.

A formalização do casamento exige, em regra, capacidade, celebração a portas abertas e prévia publicação dos proclamas, destacando a máxima publicidade determinada pela lei.⁴ O casamento, portanto, desfruta do mais alto interesse no âmbito das nações civilizadas e não se confunde com outras formas de união, mesmo que encontrem abrigo na lei. Tal é a importância atribuída ao casamento pela Constituição Federal, a qual, mesmo reconhecendo a união estável como entidade familiar, determina que a lei facilite sua conversão em casamento (art. 226, § 3º).

Para o Estado, a extinção do casamento representa uma ameaça de dilapidação das riquezas amealhadas durante os anos de existência da sociedade conjugal; o prejuízo psicológico à prole, que frequentemente perde a referência paterna em tais situações. Portanto, o casamento, através dos séculos, tem exercido um papel fundamental na harmonia e na estabilidade das relações humanas, no que tange aos familiares, ao patrimônio e a terceiros.

Mas não é só. Assim como o casamento, uma infinidade de negócios jurídicos são celebrados diariamente, o que é de suma importância para a economia moderna. Tais negócios carecem de um requisito comum, a chamada “segurança jurídica”, que se traduz na probabilidade de que o negócio seja concluído na forma acordada e que seja respeitado pelas partes. No entanto, em alguns negócios jurídicos, particularmente os mais vultosos, isto é, os que impliquem na circulação da riqueza, na aquisição e transferência de bens, na vinculação de garantias reais e fidejussórias, é essencial que se conheça o estado civil dos envolvidos.

A celebração de um negócio jurídico sem a necessária ciência dos dados pessoais dos contratantes, dentre eles o estado civil, pode levar à sua nulidade ou anulabilidade, considerando as hipóteses de impugnação encontradas na legislação civil.

⁴ Arts. 1.534 e 1.535 do Código Civil brasileiro.

Assim, a fidelidade das informações pessoais dos integrantes do negócio jurídico não é apenas útil, mas essencial para o sucesso do negócio em todas as suas fases, representando um dos elos mais importantes a compor a cadeia de interesses do direito das obrigações. Essa é uma das razões pela qual o casamento é protegido pelo Estado, pois representa um importante veículo da poupança privada, estimulando a capitalização e a aquisição de bens duráveis, além de promover a circulação da riqueza.

Por fim, as famílias formadas a partir dos sólidos laços do casamento tendem a ser menos voláteis às intempéries sociais e econômicas, e têm grande interesse no aprimoramento pessoal e profissional da prole, o que implica no sucesso do próprio Estado. Em outras palavras, a família estruturada pelo casamento tem expresso apoio do Estado e recebe dele o respaldo legal necessário em todas as esferas jurídicas.

Isso explica o interesse do Estado em regulamentar o casamento e torná-lo regra em relação às demais espécies de “entidade familiar” admitidas pelo art. 226 da Constituição Federal. Explica, ainda, a razão pela qual o Estado prevê hipóteses e prazos decadenciais reduzidos quando se busca a desconstituição do matrimônio, de forma que a gênese das famílias vinculadas pelo matrimônio representa, aos olhos do Estado, um elo mais sólido que a estruturada pelas demais formas de “entidade familiar”.

De fato, prova-se o casamento celebrado no Brasil pela certidão do registro, e, ainda assim, “justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova”, nos termos do art. 1.543, parágrafo único, do Código Civil. Não é por acaso, repita-se, que o próprio legislador constitucional brasileiro não equiparou o casamento às demais formas de “entidade familiar”, ao contrário, preferiu dispor que: “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”.⁵

⁵ Art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

Ou seja, aos olhos da Constituição Federal de 1988, o casamento ainda goza da preferência do Estado, que confere aos integrantes dessa união um sem número de regalias, bastando que o interessado comprove seu estado civil através da simples exibição da certidão de casamento. Sendo assim, pelo menos até este estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira, o casamento ainda detém privilégios que não se estendem às demais entidades familiares.

Com tais considerações, esta obra pretende: a) mostrar a dualidade de sexo como elemento de existência do casamento à luz da Escola da Exegese; b) mostrar a experiência do Direito estrangeiro quanto ao casamento de pessoas do mesmo sexo; e, c) mostrar o casamento de pessoas do mesmo sexo no Direito brasileiro.

A metodologia percorreu as seguintes etapas: pesquisa doutrinária, com ênfase para a doutrina francesa do século XIX; pesquisa jurisprudencial nacional, ressaltando a ênfase do estudo na fase contratual do casamento, inaugurada pelo Código Civil francês; e pesquisa do casamento entre pessoas do mesmo sexo em outros países.

Dessa forma, o capítulo 1 traça um panorama histórico e contextualizado sobre o tema; o capítulo 2 mostra que, à luz dos ensinamentos da Escola da Exegese, a dualidade de sexo representava um elemento imanente à existência do casamento; o capítulo 3 mostra a experiência do Direito estrangeiro no que tange ao tema desenvolvido, destacando os países cujas legislações autorizaram os casais homoafetivos a contrair casamento, até a presente data; e o capítulo 4 aborda o casamento de pessoas do mesmo sexo no âmbito brasileiro.

A obra busca levar ao leitor um estudo sobre a evolução histórica da família homoafetiva, desde a antiguidade até os tempos atuais, quando a denominada pós-modernidade permitiu o surgimento de outras modalidades de família, com padrões multifacetados, todos eles recebendo o status familiae, ao lado da família tradicional conhecida até então, fruto da concepção patriarcal.

O moderno conceito de família, baseado no afeto mútuo e na dignidade da pessoa humana, levou a jurisprudência a permitir o ingresso do casamento homoafetivo no Brasil, o que também se verificou em diversos outros países.



ISBN 978-65-5589-205-5



9 786555 892055