

O CASAMENTO HOMOAFETIVO NO BRASIL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO ARGENTINO

HOMOAFFECTIVE MARRIAGE IN BRAZIL: A COMPARATIVE ANALYSIS ACCORDING TO THE ARGENTINEAN LEGAL SYSTEM

MATRIMONIO HOMOAFECTIVO EN BRASIL: UN ANÁLISIS COMPARATIVO BAJO LA LEY DEL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO

Roberto Carlos Nascimento Colares¹

Resumo: Este artigo trata de uma pesquisa ainda em fase inicial, que tem como objetivo analisar de forma qualitativa se o instituto casamento homoafetivo, no Brasil, confere segurança jurídica às famílias formadas pela população LGBTQIA+, sobretudo quando comparado com o instituto casamento igualitário do ordenamento jurídico argentino. Desta forma, se desenvolve ao longo desta pesquisa os seguintes pontos: (i) um panorama da evolução histórico e jurídica do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares; e (ii) análise da segurança jurídica conferida ao casamento entre pessoas do mesmo gênero após a decisão do Supremo Tribunal Federal pelo reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, principalmente quando confrontado com o procedimento que levou à legalização do casamento homoafetivo no ordenamento jurídico argentino.

Palavras-chave: LGBTQIA+; uniões homoafetivas; casamento igualitário; família; segurança jurídica.

Abstract: This article is a research, still in its initial phase, which aims to qualitatively analyze whether the homoaffective marriage institute in Brazil provides legal certainty to families formed by the LGBTQIA+ population, especially when compared to the egalitarian marriage institute of the Argentinean legal system. In this way, it develops throughout this research: (i) an overview of the historical and legal evolution of the recognition of same-sex unions as family entities; and (ii) analysis of the legal certainty granted to marriage between people of the same sex after the decision of the Supreme Court for the legal recognition of same-sex unions, especially when faced with the procedure that led to the legalization of same-sex marriage in the Argentinean legal system.

Keywords: LGBTQIA+; Same-Sex Unions; Egalitarian Marriage; Family; Legal Certainty.

Resumen: Este artículo es una investigación, aún en su fase inicial, que tiene como objetivo analizar cualitativamente si el instituto de matrimonio entre personas del mismo sexo, en Brasil, brinda seguridad jurídica a las familias formadas por la población LGBTQIA+, especialmente en comparación con el instituto de matrimonio igualitario del ordenamiento jurídico argentino. De esta forma, se desarrolla a lo largo de esta investigación: (i) una visión general de la evolución histórica y jurídica del reconocimiento de las uniones del mismo sexo como entidades familiares; y (ii) Análisis de la seguridad jurídica otorgada al matrimonio entre personas del mismo sexo tras la decisión de la Corte Suprema de reconocimiento legal de las uniones entre

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio.

personas del mismo sexo, especialmente ante el procedimiento que condujo a la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico argentino.

Palabras-clave: LGBTQIA+; Uniones afectivas iguales; Matrimonio igualitário; Familia; Seguridad jurídica.

INTRODUÇÃO

O presente artigo, visando prestigiar os dez anos da decisão histórica do Supremo Tribunal Federal (STF), que reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares, em 05 de maio de 2011. Longe de pretender encerrar a temática tratada, a pesquisa busca contribuir aos debates travados acerca da garantia de direitos voltados à população LGBTQIA+ brasileira, haja vista que, mesmo com todo o avanço obtido nas últimas décadas, o Brasil ainda se encontra liderando o ranking dos países com maior índice de violência contra pessoas LGBTQIA+ no mundo.

Tendo como norte o direito ao casamento civil por casais do mesmo gênero, e partindo do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares pelo STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 132 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 4277, foi possível iniciar um processo de garantias de direitos à população formada por pessoas travestis, transexuais, transgêneros, lésbicas, gays e bissexuais.

Com isso em vista, se realizará uma análise comparativa com o casamento igualitário do ordenamento jurídico argentino, após ser sancionada pelo Senado do país a Lei do Matrimônio Igualitário (Lei 26.618) que alterou os artigos do Código Civil para reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo gênero, vindo, inclusive, a inspirar o novo Código Civil Argentino que veda qualquer impedimento ao casamento civil homoafetivo.

Pretende-se estabelecer pontos de aproximação e diferenças entre o Brasil e a Argentina ao tratar do direito ao reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo gênero e o acesso ao casamento, assim como a segurança jurídica conferida a estas uniões em ambos os países. Neste ponto, cumpre esclarecer que a problematização da temática, embora imbuída pelo espírito da Teoria Queer, não abordará a discussão acerca da heteronormatividade ou homonormatividade, vez que os limites formais deste trabalho não permitem tal aprofundamento.

Ainda se esclarece que, quanto à abordagem, a metodologia da pesquisa será qualitativa, vez que se busca obter uma maior compreensão acerca do problema apresentado através de uma

sequência de pontos de vistas distintos, analisando o contexto social e jurídico no qual estão inseridos os grupos analisados, e por conseguinte, serão utilizados como procedimentos técnicos a pesquisa bibliográfica-documental e o estudo de caso coletivo, haja vista que, com base nas informações obtidas destes grupos, será desenvolvida a teoria acerca do tema.

DIREITO DAS FAMÍLIAS

Verifica-se, logo na primeira etapa desta pesquisa, que a decisão da Suprema Corte, que reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares, através do julgamento conjunto da ADI nº 132 e da ADPF nº 4277, no ano de 2011, foi totalmente baseada na Constituição Federal de 1988, que por sua vez causou uma revolução no ordenamento jurídico pátrio ao alargar o conceito de família, reconhecendo que entidades familiares podem ser compostas não apenas advindas do matrimônio, como também de uniões estáveis e do monoparentalismo, de modo que passou a existir a possibilidade jurídica de se constituir família de diferentes maneiras, culminando no que a doutrina chama de família plural.

Isso porque com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, passou-se a adotar o princípio da afetividade para regular as relações familiares, de tal sorte que o patriarcalismo e o patrimonialismo, característicos das famílias derivadas do antigo sistema tradicional romano que até então predominava no país, sendo adotado, inclusive, pelo Código Civil de 1916, perderam espaço nas novas composições das famílias que vieram a se formar. Nesse sentido, são as palavras do professor Rolf Madaleno (2020, n.p.):

A Carta Política de 1988 começou a desconstruir a ideologia da família patriarcal, edificada em uma família monogâmica, parental, centralizada na figura paterna e patrimonial e que reinou absoluta na sociedade brasileira, herdada dos patriarcas antigos e dos senhores medievais[...] A família do passado não tinha preocupações com o afeto e a felicidade das pessoas que formavam seu principal núcleo, pois eram os interesses de ordem econômica que gravitavam em torno daquelas instâncias de núcleos familiares construídos com suporte na aquisição de patrimônio. (MADALENO, 2020, n.p.)

Desse modo, surgem as famílias eudemonistas, ligadas não mais pelo sangue, mas pela afetividade que as une, vez que para constituir uma família, acima de qualquer requisito jurídico, é necessário que haja o afeto. A doutrina passou a classificar como eudemonista a entidade familiar que decorra da convivência e solidariedade, possuindo uma comunhão de vida baseada no amor e no afeto, que dividam as responsabilidades de maneira recíproca, e que não sejam necessariamente ligadas por um traço de sanguinidade.

Por família eudemonista, Paulo Luiz Netto Lôbo esclarece que “a família eudemonista identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca” (LÔBO, 2008, p. 138). E, nesse contexto, Madaleno acrescenta que “o termo família eudemonista é usado para identificar aquele núcleo familiar que busca a felicidade individual e vive um processo de emancipação de seus membros” (MADALENO, 2020, n.p.).

Explica Maria Berenice Dias (2016, p. 60) que o princípio jurídico da afetividade, que se encontra sob a égide da Constituição, ainda que não seja de maneira expressa, é o pilar da transformação das relações familiares, colocando-se à frente dos interesses patrimoniais. Nesse sentido, aduz a ilustre doutrinadora que:

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental. (DIAS, 2016, p. 60)

Assim, o antigo modelo de família — patriarcal, patrimonialista e exclusivamente advindo do matrimônio entre pessoas de diferentes gêneros — passou a ceder espaço para os novos modelos de famílias, democrático, pluralizado, igualitário, formado por pessoas hetero ou homossexuais, advindos do afeto mútuo existente entre os seus pares e não mais focado no aspecto biológico e reprodutivo das uniões.

CASAMENTO HOMOAFETIVO E CASAMENTO IGUALITÁRIO: BRASIL x ARGENTINA

Como consequência direta desta revolução no âmbito do direito das famílias, as uniões homoafetivas puderam ser reconhecidas, não mais como sociedade de fato, por analogia das sociedades no âmbito do direito comercial, mas como entidades familiares, como de fato são. Ante a omissão do Poder Legislativo, coube à Suprema Corte Federal essa tarefa, aplicando, por analogia, todas as regras da união estável heteroafetiva para a união estável homoafetiva, no julgamento conjunto da ADPF n° 132 e da ADI n° 4.277, com efeito vinculante e erga omnes.

No julgamento, prevaleceu o voto do relator, o então Excelentíssimo Ministro Ayres Britto que, em apertada síntese, conferiu interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723

do Código Civil de 2002, para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo gênero como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

Veja-se, portanto, trecho do acórdão que diz:

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 (BRASIL, 2011, p. 5).

Desse modo, Tartuce explica que: “Como a decisão tem efeito vinculante e erga omnes, não se pode admitir outra forma de interpretação que não seja o enquadramento da união homoafetiva como família” (TARTUCE, 2020, n.p.). Ou seja, impõe-se às uniões estáveis homoafetivas os mesmos deveres e direitos das uniões estáveis heteroafetivas, inclusive a facilitação da sua conversão em casamento, conforme dispõe a norma constitucional do artigo 226, § 3º, da Constituição de 1988.

Em decorrência da manifestação da Suprema Corte, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) deu provimento ao Recurso Especial nº 1.183.378-RS, de relatoria do ilustre Ministro Luís Felipe Salomão, para permitir a um casal formado por duas mulheres manter uma união estável por três anos, podendo promover a habilitação civil de seu casamento que fora negado nas duas instâncias anteriores.

Veja-se o trecho do acórdão que deu provimento ao recurso referido:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF(...).2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família (BRASIL, 2012, n.p.).

Ainda assim, alguns Estados deixavam “a critério do juiz corregedor do registro civil de cada comarca decidir, segundo seu livre convencimento, sobre a habilitação para o casamento

por pares homoafetivos, o que, muitas vezes, era negado” (SILVA JUNIOR, 2013, p. 16). Isto ocasionava enorme insegurança jurídica, uma vez que suprimia um direito constitucionalmente assegurado às famílias formadas por pessoas LGBTQIA+.

Dado o comportamento refratário por parte de alguns juízes e Tribunais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 14 de maio de 2013, editou a Resolução nº 175, unificando o tratamento desta temática em todo território nacional, vedando às autoridades competentes a recusa de habilitação e celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento de pessoas de mesmo gênero. Contudo, apesar de ter sido editada a referida Resolução Normativa pelo CNJ, ainda se aguarda a aprovação, pelo Congresso Nacional, de uma legislação que regulamente o tema no âmbito federal.

Paralelamente, verifica-se que, no ordenamento jurídico argentino, o casamento entre pessoas do mesmo gênero obteve-se de modo similar com o que ocorreu no Brasil, iniciado pelo movimento de ações sociais e ativistas LGBTQIA+. Em seguida, foi acionado o sistema judiciário para que fossem declarados inconstitucionais os artigos do Código Civil que proibiam o casamento entre pessoas do mesmo gênero; por fim, foram enviadas propostas legislativas para o Congresso. A diferença encontra-se justamente neste ponto.

O casamento igualitário, na Argentina, foi reconhecido também pelo Poder Legislativo que aprovou a Lei do Matrimônio Igualitário, no ano de 2010, após a promoção de um amplo debate entre a população do país, o que conferiu um aspecto mais democrático à conquista. Hiller (2010, p. 82) afirma que a discussão sobre o casamento igualitário se baseava na linguagem dos direitos humanos, sob os princípios da igualdade e da não-discriminação, de modo que longe de interessar somente a uma minoria, debater a possibilidade de ampliação do estatuto matrimonial significaria colocar em questão quais distinções seriam consideradas legítimas em um Estado Democrático de Direito.

Acerca da democratização do debate, afirma Hiller (2010, p. 82) que:

La politización de un asunto generalmente desestimado de la arena política (como son los temas vinculados a la sexualidad) permitió poner en discusión las propias características del espacio en que tal asunto se discutiría: qué actores serían llamados a debatir, bajo qué reglas, cuáles serían los espacios habilitados para que transcurra un debate y cuáles aquellos autorizados para dirimir la cuestión. Así, hablaremos de un espacio público “mutante”, que redefine sus límites y procedimientos en distintas etapas del proceso (HILLER, 2010, p. 82).

Assim, no ano de 2010, foi aprovada a Lei de Matrimônio Igualitário, após três anos de maturação. A referida lei modificou os artigos do Código Civil Argentino vigente à época para acomodar a nova política de casamento, tornando-se o primeiro país da América Latina a

elaborar uma lei de proteção ao casamento homoafetivo. O artigo 42, da Lei 26.618, instituiu uma norma de aplicação do sistema jurídico argentino acerca do casamento igualitário, como se pode extrair do seu teor, abaixo:

ARTICULO 42 — Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo.

Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.

Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo. (ARGENTINA, 2010, n.p.).

Como aduzido acima, a referida lei alterou, substancialmente, os artigos do Código Civil Argentino que regulamentavam o instituto do casamento. A seguir, serão demonstrados os artigos mais relevantes para o presente estudo e que foram alterados pela Lei 26.618:

ARTICULO 1º — Modifíquese el inciso 1 del artículo 144 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

1. Cualquiera de los cónyuges no separado personalmente o divorciado vincularmente.

ARTICULO 2º — Sustitúyese el artículo 172 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 172: Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

ARTICULO 3º — Sustitúyese el artículo 188 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 188: El matrimonio deberá celebrarse ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de los contrayentes, en su oficina, públicamente, compareciendo los futuros esposos en presencia de dos testigos y con las formalidades legales.

Si alguno de los contrayentes estuviere imposibilitado de concurrir, el matrimonio podrá celebrarse en el domicilio del impedido o en su residencia actual, ante cuatro testigos. En el acto de la celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los artículos 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno

de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio.

El oficial público no podrá oponerse a que los esposos, después de prestar su consentimiento, hagan bendecir su unión en el mismo acto por un ministro de su culto. (ARGENTINA, 2010, n.p.).

E assim, Hiller entende que a nova Lei de Matrimônio Civil possui um viés mais democrático, não apenas pelo seu teor, mas também devido ao seu procedimento de criação, quando diz que *“esta nueva ley de matrimonio puede considerarse más “democrática” que sus versiones anteriores no sólo por aquella incorporación de sujetos antes excluidos, sino también por los procedimientos mediante los cuales se arribó a ella”* (HILLER, 2010, p. 82).

Cumprir destacar que, não obstante a Lei do Matrimônio Igualitário tenha sido sancionada pelo Senado, as ações que tramitavam pela via judicial tiveram o seu julgamento, e, no ano de 2009, destacando-se o caso Freyre, Alejandro e outro contra GCBA, foi reconhecida a inconstitucionalidade dos artigos 172 e 188, ambos do Código Civil Argentino, pela juíza Seijas do Juízo Administrativo e Contencioso Tributário nº 15, da Cidade Autônoma de Buenos Aires.

A respeito da declaração de inconstitucionalidade dos referidos artigos, Krasnow informa que *“la magistrada declara la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil y ordena a las autoridades del Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas que celebren el matrimonio ante el pedido de los actores”* (KRASNOW, 2012, n.p.).

Destaque-se, portanto, trecho da decisão referida:

La medida estatal impugnada impide a los actores disfrutar de los derechos de que son titulares las parejas que acceden al matrimonio. Por ejemplo, ventajas tributarias a la pareja –y a sus miembros considerados individualmente–, derechos de herencia y pensiones, privilegios testimoniales, beneficios en políticas migratorias, capacidad de decidir por otro en situaciones de imposibilidad, entre muchas otras. Tales ventajas no resultan intrascendentes para quienes asumen como pareja un compromiso sexual, emocional y financiero con miras de estabilidad (...); la Constitución local ‘reconoce y garantiza el derecho a ser diferente’, no admitiendo discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o por pretexto de ‘orientación sexual’ (...) en algunos casos el recurso del legislador a ciertos factores de distinción puede responder a prejuicios y estereotipos que tienen por efecto excluir a categorías enteras de personas del legítimo ejercicio de un derecho. Casos típicos de esta categorización espuria son los de raza y religión y, en épocas más recientes, los de género y discapacidad (...) La exclusión del régimen matrimonial sugiere que el compromiso y los sentimientos de los actores es inferior y, como consecuencia, no es merecedor de los derechos que el marco normativo garantiza a todos por igual (...) Es por eso que la opción contemplada en la ley 1004 no basta, en el caso, para satisfacer el principio de igualdad (KRASNOW, 2012, n.p.).

Como consequência natural de todo avanço da sociedade argentina no tocante ao direito da população LGBTQIA+, foi promulgado o novo Código Civil Argentino, a *Ley 26.994*, de

07 de Outubro de 2014, *Código Civil y Comercial de la Nación*, o qual trouxe a regulamentação do casamento entre pessoas do mesmo gênero, imbuído do espírito da Lei do Casamento Igualitário.

Ante o exposto, percebe-se uma clara distinção na postura adotada entre os dois países, ainda que ambos possuam pontos convergentes em sua trajetória histórica, política e sociocultural, como uma ampla moral cristã, um passado de opressora colonização branco-europeia e a superação de um governo ditatorial em períodos muito próximos. O que leva ao próximo tópico, no qual será averiguada a segurança jurídica conferida às relações afetivas entre pessoas do mesmo gênero nesses países.

A SEGURANÇA JURÍDICA CONFERIDA ÀS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Antes de adentrar na seara das relações homoafetivas e a segurança jurídica proporcionada à população LGBT pelo reconhecimento jurídico de sua existência, é importante que se compreenda o que seria tal instituto e a sua relevância no âmbito jurídico. São as palavras do célebre professor José Afonso da Silva (2006, p. 133):

A segurança jurídica consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída (SILVA, 2006, p. 133).

Nessa toada, o constitucionalista J.J. Gomes Canotilho (1995, p. 374), afirma que o Estado Democrático de Direito conta com os princípios da segurança jurídica, e da proteção da confiança como elementos constitutivos da própria noção de Estado de Direito, dentro daquilo que ele considera como princípio geral da segurança jurídica. Explica, ainda, que estes princípios, por serem inerentes ao Estado Democrático de Direito, acabam por ensejar uma dimensão objetiva da ordem jurídica, qual seja: a durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas.

Dessa forma, é possível extrair da Carta Magna de 1988 que a segurança jurídica está intimamente ligada ao inciso XXXVI, do seu artigo 5º, o qual determina que a lei não irá prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e nem a coisa julgada. Aqui, se destaca que o direito adquirido constitui um dos recursos dos quais a Constituição Federal de 1988 se vale

para restringir a retroatividade da Lei, conforme entendimento de Celso Bastos, trazido à baila por Alexandre de Moraes (2017, n.p.), quando diz que:

o Estado cumpre o seu papel exatamente na medida em que atualiza as suas leis. No entanto, a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais da segurança do homem na terra (BASTOS, 1994 apud MORAES, 2017, n.p.).

Todavia, muito embora, o direito brasileiro assegure constitucionalmente que não serão violados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, consagrando de maneira implícita, o princípio da vedação ao retrocesso social, não se pode impedir que sejam praticados atos pelo Poder Executivo e Legislativo que venham a contrariar a decisão da Corte Superior, ainda que tais atos sejam declarados inconstitucionais, logo em seguida.

Adentrando-se, então, a questão das uniões homoafetivas, que dado seu alto grau de complexidade não pretende ser encerrado no presente artigo; ao contrário, o que se busca aqui é exatamente alimentar o debate e a reflexão a respeito da segurança conferida à esta parcela da população vitimada diariamente por mero preconceito e ignorância. É possível extrair a preocupação com a segurança jurídica do trecho de outro voto da decisão da Suprema Corte, dessa vez proferido pelo Ministro Gilmar Mendes. Veja-se:

Preocupa-me, contudo, que esta Corte desde logo conceda ampla extensão aos efeitos jurídicos do reconhecimento da união homoafetiva sem uma maior reflexão, inclusive da própria sociedade e do Congresso Nacional, em razão da infinidade de implicações práticas e jurídicas, previsíveis e imprevisíveis, que isso pode acarretar. Nesse sentido, basta rememorar que há repercussões nas mais diversas esferas jurídicas dos cidadãos entre si e perante o Estado.

Uma simples decisão de equiparação irrestrita à união estável poderia, ao revés, gerar maior insegurança jurídica, inclusive se não se mantivesse aberto o espaço reservado ao regramento legislativo, por exemplo. A atuação desta Corte neste ponto, como aqui já ressaltado, deve ser admitida como uma solução provisória que não inibe, mas estimula a atuação legislativa (BRASIL, 2011, p. 182).

Observe que em seu voto, o Excelentíssimo Ministro demonstrou outra preocupação: a de impulsionar a esfera Legislativa a uma atuação quanto ao regramento do direito que estava ali sendo reconhecido. Todavia, passados exatos dez anos desde o seu reconhecimento, o casamento homoafetivo nunca foi objeto de votação no Congresso Nacional. Quando confrontado com o casamento igualitário argentino, verifica-se que o casamento homoafetivo, no Brasil, não está com suas bases bem sedimentadas. Isso porque, ante a ausência de devida normatização do direito ao casamento entre pessoas LGBTQIA+, dá-se margem para que forças opostas ao progresso tentem obstaculizar o acesso a este direito já conquistado, sob argumentação de que o Poder Judiciário não possui competência para legislar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando a segurança jurídica conferida às uniões homoafetivas, decorrentes da decisão da Suprema Corte brasileira, quando confrontada com a segurança jurídica conferida ao casamento igualitário argentino, sobretudo levando em consideração o processo democrático que levou o Senado do país a sancionar a lei que regulamenta tal instituto, pode-se inferir que somente será possível garantir a paz social à população LGBTQIA+ brasileira no momento em que for devidamente legislado o direito ao casamento por pessoas do mesmo gênero.

Eis, portanto, o cerne desta pesquisa. Tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro possui um histórico juspositivista e que as leis possuem não somente o caráter normatizador, como também o caráter didático, será possível erradicar a LGBTfobia, ao passo em que for cada vez mais garantida a igualdade entre as pessoas, não importando sua cor, gênero, sexualidade, credo ou qualquer outra particularidade que as distingue, como determina a Carta Magna de 1988.

Mesmo passados dez anos desde a decisão histórica da Suprema Corte, e diante da adesão de milhares de casais homoafetivos ao casamento — o que demonstra o anseio desta parcela da população pelo reconhecimento dos seus direitos — ainda é preciso cobrar o respeito que — e aqui peço licença ao leitor para falar na primeira pessoa — nós merecemos enquanto pessoas e lutar para que o pouco que foi conquistado, não nos seja retirado.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Lei 26.994, de 07 de Outubro de 2014. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#11>. Acesso em: 30.09.2020.

_____. *Ley de Matrimonio Igualitario*. Lei 26.618, de 21 de julho de 2010. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>. Acesso em: 18.11.2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175, de 14 de Maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/02_Livro-das-Resolucoes-do-CNJ_16X23.pdf. Acesso em: 30.09.2020.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Vade Mecum Saraiva Compacto**. Rio de Janeiro: Saraiva Jus, 2020.

_____. **Lei 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Código Civil Brasileiro. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 30.09.2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.183.378-RS, julgado em 25 de outubro de 2011 e publicado em 01 de fevereiro de 2012**. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271183378%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271183378%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271183378%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271183378%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 22.11.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, julgado em 05 de maio de 2011 e publicado em 14 de outubro de 2011**. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=adi%204277&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 22.11.2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almeida, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2016.

HILLER, Renata. *Matrimonio igualitario y espacio publico en Argentina*. Buenos Aires: Eudeba, 2010.

KRASNOW, Adriana N. *El nuevo modelo de matrimonio civil en el derecho argentino*. **Revista de Derecho Privado**, n.º 22, enero-junio de 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil. Famílias**. Editora Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10ª edição. Editora Forense LTDA, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Editora Atlas LTDA, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA JUNIOR, Assis Moreira. Casamento civil homoafetivo e (in)segurança jurídica. **Revista jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 61, n. 428, jun. 2013, p. 9-32.

TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil: volume único** – 10ª edição – Rio de Janeiro: Forense, 2020. Não paginado.

