REVISTA ACADÊMICA DA FACULDADE FERNÃO DIAS

CASAMENTO HOMOAFETIVO: RESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E AOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Camila Vieira Winter (FAFE)¹

Luiz Maximiliano Landscheck (UNISAL, FAFE)²

Resumo

Partindo-se do princípio de que todos são iguais perante a lei, busca-se, neste trabalho, discutir por que o Congresso Nacional ainda não alterou a legislação vigente para dar amparo legal ao direito, já reconhecido pelo Judiciário, de casais homoafetivos constituírem famílias em igualdade de condições com os heterossexuais. Que forças têm a capacidade de travar as discussões no Legislativo? Manifestações de fundamentalismo retrógrado, o que soa estranho em pleno século XXI, fazem com que a legislação brasileira não avance para reconhecer um direito que em outros países há tempo deixou de ser objeto de discussão.

Palavras-chave: Casamento homoafetivo. Princípios constitucionais. Direitos humanos. Família. Ética.

Abstract

Based on the principle that all are equal before the law, we try to discuss why the National Congress has not yet amended the legislation in force to give legal protection to the right, already recognized by the Judiciary, of homosexual couples to constitute families on equal terms with heterosexuals. What forces have the capacity to halt discussions in the Legislature? Manifestations of retrograde fundamentalism, which sounds strange in the 21st century, mean that the Brazilian legislation does not advance to recognize a right that in other countries has been no longer the subject of discussion.

Keywords: Homoaffective marriage. Constitutional principles. Human rights. Family. Ethic.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Fernão Dias. Contato: camila.v.winter@hotmail.com

² Mestre em Direito pelo Centro Salesiano de São Paulo, UNISAL. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduado em Economia pela Faculdade de Economia São Luís. Graduado em Filosofia no Convento Sagrado Coração de Jesus, SCJ. É docente e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Fernão Dias, FAFE.

REVISTA ACADÊMICA DA FACULDADE FERNÃO DIAS

Introdução

Como tudo na sociedade humana, a família e sua regulamentação pelo Estado apresentam grande evolução ao longo da história. Há autores que consideram a família como instrumento de dominação. Talvez esta forma de ver a família seja muito radical. Mas não resta dúvida de que a família sempre teve aspectos de dominação. Basta que se pense no *pater familias* de Roma ou, até bem próximo dos tempos atuais, no homem como chefe da família e na incapacidade da mulher, como previa o Código Civil brasileiro de 1916.

A evolução até a igualdade entre cônjuges prevista na Constituição Federal de 1988 também teve de passar por um penoso processo gradual. Ademais, a substituição do direito de família baseado em normas éticas e religiosas por outras baseadas na dignidade da pessoa humana, representa um passo importante na modernização do Direito.

Contudo, a própria Constituição Federal de 1988 deixou espaço para novos avanços ao limitar as formas de constituição de família ao casamento, à união estável entre homem e mulher e à família monoparental. Novos grupos de indivíduos passaram a exigir seus direitos e a tê-los gradualmente assegurados até se chegar à decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que admitiu a formação de famílias por pares de pessoas do mesmo sexo.

Mas essas novidades ainda não foram plenamente absorvidas pelo corpo social do país: grupos de resistência militam em muitas áreas e conseguem ter forte representação no Congresso Nacional e, assim, atrasar o reconhecimento pela lei de conquistas já alcançadas na área judicial.

A verdade é que a sociedade brasileira ainda não absorveu, não conseguiu transformar em realidade o princípio de que todas as pessoas são iguais perante a lei. Assim como existem os aferrados a privilégios odiosos, existem pessoas e grupos que discriminam outras pessoas por razões vedadas pela Constituição, ou seja, por razões de origem, de cor da pele, de religião e por orientação sexual.

É esta última discriminação que constitui o objeto deste trabalho. O objetivo

REVISTA ACADÊMICA DA FACULDADE FERNÃO DIAS

perseguido é provar que o Judiciário, ao permitir a união estável e o casamento de pessoas do mesmo sexo, atende às aspirações da maioria da população brasileira. Infelizmente, no Congresso Nacional, grupos retrógrados conseguem retardar o reconhecimento desse direito no plano legal. Tentar-se-á dar uma explicação para o fenômeno. O presente trabalho foi elaborado com base no método bibliográfico, buscando as posições de diferentes doutrinadores e do Judiciário, expostas em livros e artigos científicos.

1 A família e o casamento ao longo da história

A evolução do Direito de Família, ao longo do tempo, apresenta situações que demonstram claramente os preconceitos com que as sociedades sempre encararam os diferentes grupos de pessoas. O casamento tem sido utilizado, ao longo do tempo, como um instrumento de dominação e discriminação. A discriminação podia ser econômica, social, religiosa ou racial. Assim, Gilberto Freire (apud PIMENTEL, 2018, p. 31) afirma que no Brasil colonial o casamento deveria ser realizado entre iguais. A carência de mulheres brancas na Colônia estimulava a relação com escravas e mulheres pobres, com as quais o casamento não era recomendado devido à diferença de posições sociais.

A discriminação quanto ao fator raça pode ser confirmado se for lembrado que, até a segunda metade do século XX, o casamento inter-racial, ou seja, entre negros e brancos, era proibido em diversos Estados americanos. Em 12 de junho de 1967, a Suprema Corte dos Estados Unidos revogou uma lei da Virgínia que proibia este tipo de casamento. Como consequência, outros dezesseis Estados também acataram a decisão, que foi considerada um verdadeiro marco na área dos direitos civis (MELO, 2017).

No Brasil sempre se admitiu que a família “legítima”, a única que assegurava direitos, era a constituída pelo casamento entre homem e mulher. Além disso, o casamento era indissolúvel, nos termos do art. 175, § 1º da Constituição de 1967. Somente em 1977, pela Emenda Constitucional nº 9, a Constituição de 1967

REVISTA ACADÊMICA DA FACULDADE FERNÃO DIAS

passou a permitir a extinção do vínculo matrimonial. Mas a Lei do Divórcio, que então entrou em vigor, era tímida e restritiva, se comparada com as legislações estrangeiras que tinham o mesmo escopo: permitia o divórcio apenas uma vez durante a vida da pessoa.

Tal limite foi superado pela Lei n° 7.841/89, que alterou vários dispositivos da Lei do Divórcio. Contudo, somente com a Emenda Constitucional n° 66/2010 foi extinta a exigência da prévia separação, judicial ou de fato, antes da concessão do divórcio. Imaginava-se que a facilidade na concessão do divórcio seria uma ameaça à instituição do casamento, considerado a base da família dita legítima.

Com a edição da Carta Magna de 5 de outubro de 1988, o conceito de família passou a incluir não só as famílias formadas pelo casamento, mas também as originadas da união estável entre homem e mulher e a família monoparental. Muito mais que a moral vigente, a Constituição passou a considerar como fundamento da família a dignidade da pessoa humana.

A importância do fundamento da dignidade humana é apresentada por Sarlet (2010, p. 45), como segue:

[...] a constatação de que uma ordem constitucional que – de forma direta ou indireta – consagra a ideia da dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem em virtude tão somente de sua condição humana e independente de qualquer circunstância é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.

Contudo, os constituintes de 1988 não conseguiram eliminar todas as formas de discriminação. A exigência da união de homem e mulher no casamento e na união estável não levava em conta situações de fato que também reclamavam a proteção da lei: as famílias formadas pela união de pessoas do mesmo sexo, que conviviam ou tentavam conviver, formando patrimônios, dando origem a problemas sucessórios, continuavam à margem da proteção do Direito de Família.

Foi preciso que o Poder Judiciário, por meio de duas Ações de Declaração de Inconstitucionalidade (ADIN), em 2011, declarasse que a união entre duas pessoas do mesmo sexo podia constituir família protegida pelo Direito de Família. Mas até hoje, este reconhecimento de iguais direitos ainda não foi formalmente

REVISTA ACADÊMICA DA FACULDADE FERNÃO DIAS

aceito pela legislação em vigor.

2 A sociedade e o reconhecimento das uniões homoafetivas

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2017, p. 501), a relação atualmente denominada homoafetiva não era condenada na Antiguidade. A maioria das civilizações antigas considerava a sexualidade irrelevante. O amor entre pessoas do mesmo sexo era admitido não só na Grécia e em Roma, mas também em muitas outras sociedades.

Uma das principais causas de repúdio da sociedade às uniões homoafetivas é sem dúvida de cunho religioso. A sociedade judaica tinha uma preocupação que era o aumento da população do povo escolhido. Lê-se em Gênesis, 1, 28: “Sede fecundos, multiplicai-vos e enchei a terra”. A rejeição das uniões homoafetivas certamente decorre de sua incapacidade de contribuir para a multiplicação do povo escolhido. O cristianismo, em continuação, sempre e até hoje se opõe a reconhecer a validade das uniões de pessoas do mesmo sexo. A conjunção carnal entre pessoas do mesmo sexo corresponde a pecado grave.

A partir do século XIX, com o surgimento de maior racionalidade e a diminuição da religiosidade, a homossexualidade passa a ser vista, não mais como pecado, mas como doença a ser tratada. Os legisladores de diversos países, por sua vez, hesitam em aprovar direitos aos homossexuais, por sentirem que seus eleitores podem não aprovar sua decisão. Para Maria Berenice Dias (2016, 460), “o legislador, com medo de desagradar seu eleitorado, prefere não aprovar leis que concedam direitos às minorias, alvo de discriminação”. Mas não se pode considerar a ausência de leis como inexistência de direitos.

No final do século XX, a ciência médica deixa de considerar a homossexualidade como uma patologia. No ano de 1993, a Organização Mundial de Saúde a excluiu de sua classificação internacional de doenças (VENOSA, 2017, p. 502). Como apresentado por Maria Berenice Dias (2016, p. 434), o termo “homossexualismo” não é mais utilizado por ser considerado pejorativo; assim, foi substituído por homossexualidade, pois o sufixo “ismo” significa doença, enquanto o sufixo “dade”

REVISTA ACADÊMICA DA FACULDADE FERNÃO DIAS

quer dizer modo de ser.

A própria Constituição brasileira é prova de hesitação legislante. De um lado, no particular, oferece proteção tanto ao casamento como à união estável entre homem e mulher e também às famílias monoparentais. De outro lado, diz, no artigo 5º, que é vedada qualquer discriminação por motivos de origem, raça, sexo ou idade, assegurando a todos o exercício pleno dos direitos individuais e sociais (BRASIL, 1988). Portanto, o que se pode dizer é que a omissão dos casais homossexuais na lista dos formadores de famílias não pode ser considerada como exclusão.

Ainda que não haja expressa referência às uniões homoafetivas, não há como deixá-las de fora do atual conceito de família. Sendo duas pessoas ligadas por um vínculo de afeto, com relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fossem, elas formam um núcleo familiar, independentemente do sexo a que pertençam, ainda que isso não esteja expresso na Constituição e no Código Civil.

Por isso, bem andou o Supremo Tribunal Federal ao reconhecer judicialmente esta maneira de constituir família, ainda que a legislação não a tenha incluída em rol expresso. Ao tratar do conjunto de questões que envolvam os direitos relativos a casais homoafetivos deve-se, em primeiro lugar, abrir mão de preconceitos muitas vezes impostos pela moral cristã secular. O jurista, o magistrado e o operador do Direito como um todo devem dar uma resposta adequada aos anseios da sociedade atual.

3 Uniões homoafetivas, avanços e conquistas

Antigamente, no Brasil, as uniões homoafetivas eram vistas como um vínculo exclusivamente negocial e não como uma relação afetiva capaz de formar uma família. Essas uniões eram inseridas no Direito das Obrigações, sem contemplar a proteção do Direito da Família, ou seja, os direitos sucessórios e previdenciários.

Em 1998, ocorreu a primeira decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, afirmando a existência da sociedade de fato, assegurou o direito à metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, ao parceiro homossexual. Exigia-se, porém, a prova da colaboração mútua entre os parceiros (DIAS, 2016, pag. 440).

REVISTA ACADÊMICA DA FACULDADE FERNÃO DIAS

O primeiro avanço ocorreu na Justiça do Rio Grande do Sul, no ano de 1999, quando os juizados especiais de família começaram a apreciar ações referentes à união de pessoas do mesmo sexo. No ano de 2001, também no Rio Grande do Sul, ocorreu o primeiro reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, dando ao parceiro sobrevivente direito à herança, já sem a necessidade de provar o esforço comum. Muitas outras decisões se seguiram Brasil afora, mas nenhuma dando acesso ao casamento (DIAS, 2016, p. 439).

Em 05 de maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal (STF) acolheu duas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade (ADIN), reconhecendo as uniões homoafetivas como entidades familiares, assegurando-lhes os mesmos direitos e deveres aplicáveis às uniões estáveis. Considerando que a Constituição prevê que o Estado deve facilitar a conversão da união estável em casamento (BRASIL, 1988, Art. 226, § 3º), por dedução lógica, a jurisprudência concluiu ser admissível a conversão da união homoafetiva em casamento.

Finalmente, com a Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) os cartórios foram obrigados a realizar casamentos de casais homoafetivos. Tal Resolução proíbe que autoridades competentes se recusem a habilitar ou celebrar casamento civil, ou mesmo, converter união estável em casamento, contribuindo para derrubar as barreiras administrativas e jurídicas que ainda constituíam empecilhos para tal. A norma do CNJ foi um marco legal, considerado como um passo em direção à inclusão social dos homossexuais, eliminando uma discriminação amplamente difundida, não só na sociedade, mas também nos meios jurídicos.

Os procedimentos para os casamentos homo ou heteroafetivos não apresentam diferenças legais: o trâmite é o mesmo, os documentos necessários para a habilitação são os mesmos. A lei também assegura os mesmos direitos a uns e outros, em termos de participação em planos de saúde, pensão alimentícia e divisão dos bens adquiridos. Tais conquistas representam um grande passo em direção à igualdade de direitos prevista na Constituição.

A importância social dessa decisão pode ser avaliada quando se leva em consideração que, apenas no ano de 2017, aproximadamente 15 mil casamentos

REVISTA ACADÊMICA DA FACULDADE FERNÃO DIAS

homoafetivos foram realizados no Brasil (BANDEIRA, 2017). Por outro lado, caso algum cartório se recuse a aplicar as regras da Resolução nº 175/2013 do CNJ, os casais podem levar o caso ao conhecimento do juiz corregedor competente, que determinará o cumprimento da medida. Pode também ser aberto um processo administrativo contra a autoridade que se negar a celebrar casamento ou a converter a união estável homoafetiva em casamento.

4 Hesitação do legislador

O casamento de pessoas do mesmo sexo é reconhecido na maioria dos países da Europa Ocidental, assim como no Canadá, Estados Unidos, Austrália, México e África do Sul. Na América do Sul, Argentina, Uruguai, Brasil e Colômbia autorizam o casamento homossexual. Outros países, como o Chile e a Costa Rica autorizam a união civil entre pessoas do mesmo sexo (EM – Estado de Minas, 2018).

Como visto, no Brasil o casamento de pessoas do mesmo sexo está autorizado pela Justiça, desde 2011. O Legislativo ainda discute o tema sem chegar a uma conclusão. Destaca-se o Projeto da senadora Marta Suplicy (PLS 612/2011) que já chegou a ser colocado em pauta no plenário do Senado Federal em dezembro de 2017, mas foi retirado diante de um pedido de verificação de quórum do senador Magno Malta. Após mais de meio ano, o projeto ainda está pendente de aprovação pelo plenário do Senado. Deve, depois, seguir para apreciação pela Câmara dos Deputados. (SENADO, 2018). Em outras palavras, a pretendida modificação da lei ainda vai demorar a ser implementada.

O objetivo do PLS 612/2011 é a alteração do Código Civil (Lei nº 10.462/2002), para substituir a expressão atual que reconhece como entidade familiar “a união estável entre o homem e a mulher...” por outra que estabelece como família “a união estável entre duas pessoas” sem referência a sexo. Apesar de a decisão do STF, que autoriza a união estável entre pessoas do mesmo sexo, e da Resolução Nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que manda os cartórios realizar o casamento entre casais do mesmo sexo, estarem em vigor, ainda continua importante que esse

REVISTA ACADÊMICA DA FACULDADE FERNÃO DIAS

ponto seja refletido na legislação. Só assim essa conquista das minorias pode ser considerada definitiva.

As discussões intermináveis mostram que os legisladores, principalmente em época pré-eleitoral, não querem aprovar projetos polêmicos, por medo de perderem votos e, talvez, o próprio mandato. As correntes de pensamento conservador, que lutam pela manutenção do *status quo*, conseguem, aproveitando-se do temor dos colegas, adiar indefinidamente a aprovação de um projeto de atualização legislativa que, cedo ou tarde, terá de ser aprovado ou substituído por similar.

Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 exerceu grande poder de renovação em termos de princípios, visando assegurar cidadania plena a todas as pessoas que vivem no Brasil. Um dos princípios basilares é o da plena igualdade de todos perante a lei. Por conseguinte, qualquer tipo de discriminação constitui violação do princípio basilar de que todos têm os mesmos direitos. Mas a conversão desses princípios em prática social ainda constitui uma luta, uma construção *in fieri*.

Discriminações ocorrem todos os dias, tanto no tocante à raça ou cor da pele, como quanto à religião e, sobretudo, quanto à orientação sexual. Os grupos que mantêm pensamento discriminador ainda têm muita força: conseguem eleger fortes bancadas de representantes no Congresso Nacional. Isto explica a dificuldade de se fazerem alterações na legislação pátria que reflitam, não mais as ideias do passado, mas princípios consagrados na Constituição da República e presentes em um Estado Democrático de Direito, que deveriam prevalecer em todos os setores da vida nacional.

Como é sabido, a Constituição Federal contempla muitas normas programáticas que não refletem realidades presentes, mas um programa de atividades visando o futuro. A plena igualdade de todos perante a lei, sem privilégios e sem discriminações, ainda constitui um ideal a ser perseguido. Bom seria que os eleitores brasileiros conseguissem escolher, nas próximas eleições, representantes comprometidos com a tarefa de tornar realidade o que a Constituição Federal propõe

REVISTA ACADÊMICA DA FACULDADE FERNÃO DIAS

como programa.

Referências

BANDEIRA, Regina. **Casamento homoafetivo**: norma completa quatro anos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84740-lei-sobre-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo-completa-4-anos>>. Acesso em: 06 jul. 2018

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito de família**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016. Disponível em: <http://www.academia.edu/27728410/Manual_de_direito_de_familia_-_Maria_Berenice_Dias.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2018.

EM, Estado de Minas. **Veja onde o casamento homossexual é legalizado pelo mundo**. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2017/07/01/interna_internacional,880604/veja-onde-o-casamento-homossexual-e-legalizado-pelo-mundo.shtml>. Acesso em: 18 jul. 2018.

MELO, João Ozorio de. **EUA celebram 50 anos de decisão judicial que foi “marco dos direitos civis”**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-16/eua-celebram-50-anos-decisao-foi-marco-direitos-civis>>. Acesso em: 11 jul. 2018

PIMENTEL, Ellen Ulhôa. **Casamento no Brasil colonial**: um ensaio historiográfico. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/emtempos/article/viewFile/2641.2191>>. Acesso em 26 jul. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SENADO, Notícias. **Votação do projeto que legaliza a união homoafetiva é adiada**. Disponível em:

REVISTA ACADÊMICA DA FACULDADE FERNÃO DIAS

<<https://www.12senado.leg.br/notiiasmateraiis/2017/12/05/votação...>>. Acesso em 18 jul. 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** família. São Paulo: Atlas, 2017.

Recebido em: 30/09/2018

Aceito em: 17/10/2018