



X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades

IV Seminário Nacional de Psicologia e Crítica da Cultura

A POSSIBILIDADE DO CASAMENTO IGUALITÁRIO NO BRASIL E O DIREITO DE FAMÍLIA

Maria Clara Cartaxo Filgueira

Prof^a Orientadora Ma. Larissa Sousa Fernandes

INTRODUÇÃO

Socialmente falando, o casamento sempre foi a mais importante das instituições para a formação e base das famílias e da própria sociedade em questão. Tendo em vista isso, o legislador, buscando a proteção da família e seu patrimônio, criou leis elencando os direitos e deveres dos cônjuges, a celebração do casamento e o regime de bens.

Para alguns doutrinadores, como, por exemplo, Maria Berenice Dias (2004), o casamento é uma Instituição do direito privado, considerada uma das bases da família. A palavra família é sinônima para diversas outras conjecturas de interação social, enquadrados deste modo por características similares às do núcleo familiar. Considerando-se que o homem é um ser social, sendo intrínseca a necessidade de criar e desenvolver laços, historicamente a família seria formada pela produção de um contrato entre duas pessoas. O modelo de família patriarcal acaba sofrendo algumas modificações tendo em vista o desenvolvimento que a sociedade moderna vivencia, evidenciando grandes modificações nos campos da economia, da política e da cultura; afetando, destarte, significativamente todos os aspectos da existência pessoal e social, e influenciando diretamente estrutura da família.

Segundo o renomado autor e civilista Carlos Roberto Gonçalves (2009) “O direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado a apropriada vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provem de um organismo familiar e a ele



X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades

IV Seminário Nacional de Psicologia e Crítica da Cultura

conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a construir nova família pelo casamento ou pela união estável”.

As transformações sociais ocorridas com o passar dos séculos e o inevitável aparecimento de novos “modelos” familiares, bem como dos próprios costumes sociais fizeram com que uniões extramatrimoniais fossem tidas como comuns pela sociedade, tendo a Constituição que dar nova extensão ao conceito de família, introduzindo o termo genérico “entidade familiar”. Assim passou-se a dar suporte a outros tipos de conjugalidades além dos constituídos pelo casamento composto por homem e mulher, como ressalta a jurista Maria Berenice Dias:

Uma nova realidade se impôs, acabando por produzir profunda revolução na própria estrutura social. Tornou-se tão saliente o novo perfil da sociedade, que a Constituição de 1988 alargou o conceito de família para além do casamento. Passou a considerar como entidade familiar relacionamentos outros. Foi assegurada especial proteção tanto aos vínculos monoparentais – formados com um dos pais por seus filhos – como a união estável – relação de um homem e uma mulher não sacralizada pelo matrimônio (CF, artigo 226s, §3º). Com isso deixou de ser o casamento o único marco a identificar a existência de uma família. (DIAS, 2007, p.138).

No sentido arcaico da palavra, a família tradicional vinha a ser composta por união formal entre o homem e a mulher, tendo como seus maiores garantidores a Igreja e a ordem ético-normativa. Sendo concebida pela religião através do matrimônio, e assegurada pelo Estado na condição de Instituição.

Embasados em pressupostos e dogmas religiosos, fundamentado na procriação e perpetuação da espécie se obteriam os objetivos da constituição da família, a priori sendo marginalizada a ideia de prazer e luxúria, principalmente no tocante às mulheres. O casamento de início seria uma convenção de vontades, um acordo entre famílias e seus interesses econômicos e sociais. Bastando que o acordo conjugal entre os indivíduos se sacralizasse por meio da geração de descendentes.

Tratava-se de um paradigma familiar, patriarcal e heterossexual, baseado na celebração do casamento e em sua indissolubilidade, resultando na fusão hierárquica e patrimonial dos cônjuges, tendo em vista que por ser tido como uma Instituição era de



X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades

IV Seminário Nacional de Psicologia e Crítica da Cultura

suma importância o surgimento de um líder, papel este previamente e culturalmente designado ao sexo masculino, sendo este o suporte e provedor familiar.

O modelo de família patriarcal antes imposto pela sociedade do século XIX acaba sofrendo algumas modificações na sociedade moderna evidenciado com grandes modificações nos campos da economia, da política e da cultura, afetando significativamente todos os aspectos da existência pessoal e social, e influenciando diretamente a estrutura da familiar.

O casamento deixou de lado algumas regras preestabelecidas, podendo a partir de agora acontecer em razão do afeto, do amor. A obrigação de haver filhos já não figura como protagonista na relação afetiva que se estabelece. A sexualidade não é mais a que dar causa à filiação, e sim à felicidade. Novos modelos de famílias foram surgindo e assim a estrutura da base familiar foi se modificando. Ao garantir proteção à entidade familiar, a Constituição abarcou a união estável e a família monoparental, desta feita em nenhum momento dispensou tratamento especial a alguma em particular, sendo todas merecedoras de igual proteção.

A monoparentalidade é um núcleo familiar que não pode ser mais omitida pela Constituição Federal em hipótese alguma, pois tendo em vista sua corriqueira utilização social não pode ser desconsiderada, sendo formada pela viuvez, adoção por pessoa solteira, pela separação ou divórcio dos cônjuges, ou até mesmo pela fecundação homóloga (inseminação artificial por mulheres).

Ao estender o conceito de família a Constituição Federal não pode mais ocultar como entidade familiar a comunidade formada por um dos pais e seus descendentes. Esses núcleos familiares passam a ser nominados de famílias monoparentais, para ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar. (*Ibidem*, p.193).

Modernamente, o afeto que se origina espontânea e profundamente, de reciprocidade profunda entre companheiros, vem sendo a principal motivação para o estabelecimento de uma união entre os indivíduos. Seguindo o entendimento, Silvana Maria Carbonera (1998) destaca-se: “Desta forma, o afeto, que começou como um sentimento unicamente interessante para aqueles que o sentiam, passou a ter importância externa e ingressou no meio jurídico”. Hoje esta preocupação já pode ser



X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades

IV Seminário Nacional de Psicologia e Crítica da Cultura

observada na jurisprudência e na atual doutrina também, demonstrando que doutrinadores julgadores estão, cada vez mais, preocupados com o afeto nas relações de família.

No que diz respeito à diferença entre união estável e casamento, volta-se apenas ao modo em que se constituem, onde o casamento tem início com a celebração do matrimônio (religioso e/ou jurídico), e a união estável nasce da convivência notória entre os indivíduos, com a intenção de constituir família. No entanto, ambas tem o mesmo grau de responsabilidade e deveres no relacionamento, no que diz respeito ao companheirismo, respeito mútuo, a fidelidade, entre outros.

Quando se trata dessa interação social nas relações homoafetivas, a ONU asseverava, entre tais normatizações, ser ilegítima qualquer interferência na vida íntima de casais com parceiros do mesmo sexo, sob condição de estar maculando e ferindo os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem não faz qualquer restrição à união entre homossexuais em sua essência.

Promulgada em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, promulgou os direitos e garantias fundamentais do cidadão. No que vem a ser estabelecido:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

E assevera em seu respectivo inciso I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

PRINCÍPIOS DA LIBERDADE E DA IGUALDADE

No momento em que, pessoas escolhem outras do mesmo sexo para partilhar uma vida em comum não podem ser discriminadas ao ponto de terem seus direitos podados. O princípio da igualdade é para garantir tratamento e proteção igualitária a todos os cidadãos, inclusive no que tange ao judiciário, pois as leis foram criadas para



X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades

IV Seminário Nacional de Psicologia e Crítica da Cultura

que todos assegurem seus direitos conforme suas necessidades e mesmo havendo lacunas nas leis o reconhecimento dos direitos legais devem ser analisados e aplicados por meio de analogia conforme o princípio em tela. Esta minoria tem deveres e obrigações como qualquer outro membro da sociedade e por isso deve ser respeitados como cidadãos que cumprem sua parte na sociedade. As leis devem ser interpretadas de forma clara para não ocorrer arbitrariedade e desigualdades nas aplicações.

Os princípios da liberdade e da igualdade “andam” juntos sendo de suma importância para a sociedade, pois foram os primeiros a garantir o respeito e a dignidade da pessoa humana. O fato de pessoas que vivem em uniões homoafetivas, procurarem o judiciário querendo seus direitos, diz muito em razão de que não podem vir a ser tratadas de forma desigual por serem do mesmo sexo, os direitos são para todos e assim devem ser estabelecidos e aplicados para todos os cidadãos. A existência dos princípios é para que os cidadãos, independente de sexo, cor e idade exijam seus direitos perante o judiciário de forma justa, igualitária e coerente obtendo as lides resolvidas de acordo com suas necessidades.

A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou grande preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção. Os princípios da liberdade e da igualdade, no âmbito familiar, são consagrados em sede constitucional. Todos tem liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. (*Ibidem*, p.61).

A titularidade dos direitos previstos no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 estende-se à todos os seres humanos, independente de seu atributo pessoal. A lei deve ser interpretada em fina sintonia com as demais normas da Constituição, principalmente os princípios da igualdade e da liberdade.

Outro princípio essencial para o nosso ordenamento é o princípio da dignidade da pessoa humana, basilar dos direitos e respeito aos cidadãos, tendo por obrigação garantir o mínimo existencial para cada um em seu território, independente de sua orientação sexual, status social, cor e raça, pois todos devem ser tratados de forma igual perante seus direitos e deveres, no qual “o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios” (*Ibidem*, p.59).



X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades

IV Seminário Nacional de Psicologia e Crítica da Cultura

Onde está expresso no artigo primeiro da Constituição da Federal Brasileira:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

(...)

III - a dignidade da pessoa humana.

Rejeitar a existência de uniões homoafetivas é inconcebível diante do paradigma protetivo da promoção do bem de todos, insculpido no artigo 3º da Constituição Federal.

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de inversões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades. (GIORGIS, apud DIAS, 2004, p.47).

A realidade das uniões homoafetivas não pode ser negada. Existem elutam por algo que é seu de direito, o seu reconhecimento. As concepções subjetivas levadas a julgamento invadem a seara da justiça e relegam à margem comunidades cada vez mais presentes no seio da sociedade. Perpetua-se com este comportamento omissivo da lei, a discriminação legalizada.

O próprio texto constitucional se vale de garantias contra a discriminação e inviolabilidade da vida privada, no inciso X do artigo mais garantido do texto constitucional, o artigo 5º. Interpretando-o, verifica-se que a construção do direito à orientação sexual deriva-se de tal garantia como um direito personalíssimo, imprescindível para a construção de uma sociedade insculpida sob a égide de valores justos e solidários.

Devido ao histórico tradicionalista da bancada legislativa brasileira, ainda se vê muita dificuldade na aprovação de leis que tragam direitos e subsídio a uma minoria. Porém, a ausência de lei não quer dizer ausência de direitos, o preconceito não pode predispor que as relações homoafetivas não mereçam proteção jurídica.



X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades

IV Seminário Nacional de Psicologia e Crítica da Cultura

A omissão do legislador leva ao surgimento de um ciclo vicioso. Diante da inexistência da lei, a justiça rejeita a prestação jurisdicional. Sob a justificativa de que não há uma regra jurídica, negam-se direitos. Confundem-se carência legislativa com inexistência de direito. O juiz não pode excluir direitos alegando ausência de lei. Olvida-se que a própria lei reconhece a existência de lacunas no sistema legal, o que não o autoriza a ser omissor. O juiz desrespeita a lei e deixa de cumprir com seu dever toda vez que nega algum direito sob a justificativa de inexistir lei. (DIAS, 2007, p. 186-187).

Não é de escolha do aplicador do direito a opção de se omitir em julgar, com a justificativa de inexistência de lei, tendo em vista que o direito dispõe de lacunas, analogia, princípios e costumes que podem ser utilizados a favor de quem requer seus direitos.

LEI 10.406/2002

Um novo projeto de lei (PROJETO DE LEI N.º 5.120, DE 2013) baseado na modificação dos artigos 1.514, 1.517, 1.535, 1.541, 1.565, 1.567, 1.598, 1.642, 1.723 e 1.727 da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 propôs o reconhecimento do casamento civil e da união estável apresentado pelo deputado Jean Wyllys(PSOL), a partir da justificativa de que os artigos citados ferem os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana tutelados pela Constituição Federal respectivamente.

Art. 2º Os artigos 1.514, 1.517, 1.723 e 1.727 da Lei 10.406/2002 passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 551 (...)

Parágrafo Único. Se os donatários, em tal caso, forem casados, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente” (NR).

“Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que duas pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.” (NR).

“Art. 1.517. Pessoas com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.” (NR).



X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades

IV Seminário Nacional de Psicologia e Crítica da Cultura

“Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, proferida pelas nubentes ou pelos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nos seguintes termos: De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar, de vos receberdes por cônjuges, eu, em nome da lei, vos declaro casadas ou casados”. (NR).

“Art. 1.541 (...)

III – que, em sua presença, declaram os contraentes, livre e espontaneamente, receber-se enquanto cônjuges.” (NR).

“Art. 1.565. Pelo casamento, os cônjuges assumem mutuamente a condição de consortes, companheiras/os e responsáveis pelos encargos da família.” (NR).

“Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, por ambas/os as/os cônjuges, sempre no interesse do casal e das filhas ou dos filhos.” (NR).

“Art. 1.598. Relativamente a relações entre pessoas de sexos diferentes, salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597.” (NR).

“Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, qualquer da/dos cônjuges pode livremente: (...).....” (NR).

“Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre duas pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” (NR).

“Art. 1.727. As relações não eventuais entre duas pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo, impedidos de casar, constituem concubinato.” (NR).

Art. 3º Todos os dispositivos do Código Civil, Lei 10.406 de 2002, relativos ao casamento civil e a união estável serão válidos para relações entre pessoas do mesmo sexo da mesma forma que é para a relações entre pessoas de sexos diferentes.

Art. 4º. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação. (Projeto de Lei Nº 5.120, de 2013).



X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades

IV Seminário Nacional de Psicologia e Crítica da Cultura

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como outros classe discriminadas, as minorias sexuais tiveram de lutar, e ainda continuam lutando, não só no Brasil mas no mundo inteiro, pelos direitos básicos, como direito à vida, à integridade física, à liberdade, pela igualdade, a liberdade e o respeito nos restantes âmbitos da vida social. Mesmo depois de todos os avanços como no caso das mulheres, que obtiveram o direito ao voto, os negros que obtiveram que também conquistaram um melhor lugar na sociedade, ambos conquistados nas últimas décadas, ainda hoje, no Brasil, um homossexual é marginalizado, tendo a necessidade de se negar para tentar buscar um lugar em nossa sociedade demasiadamente preconceituosa. A luta pelo casamento, portanto, não aponta tão somente à conquista desse direito, significa também uma luta pelo reconhecimento social e político da dignidade da condição humana das pessoas homossexuais, se tratando também, de uma luta cultural e simbólica.

O fenômeno da união homoafetiva tem sido uma realidade social crescente, cabendo aos doutrinadores, magistrados, advogados terem sabedoria para utilizar dos princípios existentes, em função de dar soluções rápidas e eficazes aos interesses dessas pessoas, independente de sua sexualidade. Por não ter um dispositivo legal sobre a matéria, ainda, a atuação do operador do direito é de fundamental importância, pois o mesmo utilizará do bom senso e da equidade para solucionar questionamentos e dúvidas. Cabe ao legislador brasileiro, superar os preconceitos e as barreiras existentes, promulgando uma lei que proteja este novo modelo de entidade familiar (união homoafetiva), dando-lhe direitos e garantias no tocante à sua união e todas as consequências decorrente dela.



X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades

IV Seminário Nacional de Psicologia e Crítica da Cultura

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre Homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

Brasil. Código civil, 2002. Código civil. 53.ed. São Paulo: Saraiva; 2002.

Direito civil brasileiro, volume VI : **direito de família** / Carlos Roberto Gonçalves - 6. ed. rev. E atual. - São Paulo : Saraiva, 2009.

Dos Srs. Jean Wyllys, e Erika Kokay. Projeto De Lei N.º 5.120 / 2013. Altera os arts. 551, 1.514, 1.517, 1.535, 1.541, 1.565, 1.567, 1.598, 1.642, 1.723 e 1.727 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, para reconhecer o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em URL:
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1064244&filename=PL+5120/2013