



X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades

IV Seminário Nacional de Psicologia e Crítica da Cultura

IGUALDADE E CONJUGALIDADE: OS TRÂMITES LEGAIS OFERECIDOS PELA JUSTIÇA BRASILEIRA PARA A EFETIVAÇÃO DO CASAMENTO HOMOAFETIVO.

Luana Mota e Sá Silva¹ - UFCG

Maria da Luz Olegário² - UFCG

RESUMO

A extensão do conceito de família, ultrapassando a esfera do casamento, permitiu o reconhecimento, ao longo da história, de novas comunidades familiares. Em decorrência disso, ocorreram algumas mudanças no âmbito jurídico visando à inserção e a reconhecimento de casais formados por pessoas do mesmo sexo, na qualidade de Entidade Familiar, aplicando-se por analogia normas da União Estável. O presente artigo tem como método a pesquisa bibliográfica, que, segundo Marconi e Lakatos (2001), consiste no levantamento de toda a bibliografia já publicada, em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa. Deste modo, esta pesquisa visa analisar e discutir os trâmites legais oferecidos pela justiça brasileira para a efetivação do casamento homoafetivo, bem como, discutir as noções de igualdade e conjugalidade, com base nos princípios fundamentais da Constituição Federal. Verificou-se que, o princípio da igualdade, sendo um direito assegurado constitucionalmente, não deve ser interpretado de forma desigual, de modo a promover a exclusão social, bem como, reduzir o direito a liberdade sexual. O respeito à vida privada deve ser contemplado no âmbito social e jurídico.

Palavras chave: Conjugalidade. União estável. Casamento homoafetivo.

¹ Graduanda do curso de Direito pela Universidade Federal de Campina e membro do Projeto de Pesquisa “Do Público ao Privado: Discursos sobre gênero, amor e violência nas relações homoafetivas”.

² Doutora em Educação pela UFPB e docente do CCJS-UFCG.



X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades

IV Seminário Nacional de Psicologia e Crítica da Cultura

1 INTRODUÇÃO

A discussão sobre igualdade e conjugalidade ganha maior relevância quando trazida para o âmbito da homoafetividade com base no ordenamento jurídico brasileiro. É bem sabido que para embasar esta discussão um dos caminhos que podem ser percorridos é por entre o direito de família, ao qual está intimamente ligado à interação dos sujeitos, visto que todos estão vinculados de forma direta ou indireta ao organismo familiar. Sendo assim, a discussão sobre igualdade e conjugalidade apresentada neste trabalho será conduzida pelo direito de família, seus princípios fundamentais e, de modo geral, pela análise das prerrogativas legais oferecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo como base a Constituição Federal de 1988, para a efetivação do casamento homoafetivo.

Diante da consagração da igualdade, expressa no art. 5º *caput* da CF/1988, onde todos, de acordo com o texto constitucional, gozam de igualdade de direitos, de modo que não seja permitida distinção de qualquer natureza, é perceptível a disparidade existente entre o que é assegurado pela norma e o que é de fato aplicado socialmente. Ainda que este seja um princípio preconizado constitucionalmente e que deve ser interpretado conforme a Constituição, não é praticado de modo concreto pela sociedade e, com isso, a igualdade é reduzida socialmente no que diz respeito à diversidade de gênero.

Numa sociedade onde os indivíduos estão em constante mudança, não cabe à justiça brasileira negar ou desconsiderar os motivos pelos quais milhares de pessoas buscam a efetivação do casamento homoafetivo como forma de liberdade, dignidade e reconhecimento jurídico-social.

As lacunas legislativas e sua ausência de proibição legal expressa para o casamento homoafetivo levam inúmeras pessoas a buscarem soluções no próprio



X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades

IV Seminário Nacional de Psicologia e Crítica da Cultura

ordenamento jurídico, a fim de sanar suas necessidades conforme o sistema normativo vigente na justiça brasileira. Destarte, por meio da interpretação extensiva, os princípios gerais do Direito e a analogia são utilizados como instrumentos legais de correção social em prol das necessidades individuais e coletivas, inclusive das novas modalidades de arranjos amorosos.

Entretanto, no que diz respeito às uniões heteroafetivas, as nomenclaturas “casamento” e “união estável” expressas no texto normativo, apresentam mudanças explícitas em relação às uniões homoafetivas. A partir de uma análise feita com base no art. 5º do Dispositivo Constitucional, onde trata dos direitos e garantias fundamentais, é possível dizer que existe disparidades de tratamento, a começar pela nomenclatura, que se constitui de forma restritiva a determinados grupos sociais, ferindo, assim, a garantia da isonomia. O casamento, por exemplo, é assegurando (de forma direta) apenas às uniões heteroafetivas, limitando este direito as demais formas de relacionamento. A importância social do termo “casamento”, tido como a constituição legítima de família e o não reconhecimento deste direito para os homossexuais geram uma incompatibilidade com os Princípios Fundamentais da Constituição Federal, a isonomia e a liberdade da pessoa humana.

Diante do exposto, este artigo tem como principal objetivo analisar quais as prerrogativas legais oferecidas pela Justiça brasileira para a efetivação do Casamento entre pessoas do mesmo sexo. A partir de uma pesquisa bibliográfica, defendido por Marconi e Lakatos (2001) como sendo o levantamento de toda a bibliografia já publicada, em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa, a fim de colocar o pesquisador em contato direto com tudo aquilo que foi escrito sobre determinado assunto.

2 CASAMENTO CIVIL E UNIÃO ESTÁVEL



X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades

IV Seminário Nacional de Psicologia e Crítica da Cultura

Desde a época clássica do Direito Romano, foram atribuídas inúmeras definições ao casamento, todas elas fazendo menção aos sexos opostos. Muitas dessas definições decorrentes de tendências religiosas ou filosóficas passaram por grandes mudanças no decorrer da história. Com a evolução dos costumes e vencida a alusão ao direito divino, novos conceitos surgiram visando adequar à norma conforme as mudanças ocorridas na sociedade. A confirmação pode ser notada na análise das definições de casamento, expressas ao longo dos anos.

No século III, o casamento era tido como sendo a conjugação do homem e da mulher, que se unem para toda a vida em consonância com o direito divino e o direito humano. Nesta definição é possível perceber a predominância das ideias fundamentadas no período clássico. Por outro lado, utilizando a definição observada no art. 1577º do Código Civil português de 1966, ao qual define o casamento como sendo um contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente, com a pretensão de constituir família, conforme a disposição da lei e mediante a comunhão da vida. É permissível dizer que, mesmo diante das alterações ocorridas nos textos normativos ao longo dos anos, não se percebe transformações no que concerne às mudanças ocorridas na vida social e sexual dos indivíduos com relação à definição do casamento.

Nos dias atuais, utilizando como referência o Código Civil brasileiro de 2002, podemos encontrar ainda, menção aos sexos distintos decorrente do período clássico. O art. 1514 do CC dispõe que: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”. Desse modo, a lei não assegura, de forma direta, a sua realização por parte de pessoas do mesmo sexo, pelo contrário, expressa com clareza a distinção entre sexos na constituição e realização deste Instituto Jurídico.

Além disso, o Casamento possui inúmeros efeitos jurídicos, morais, pessoais, sociais e patrimoniais, onde é reconhecido predominantemente como sendo a legítima constituição da família, sendo ela a base da sociedade, resguardada pelo poder do



X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades

IV Seminário Nacional de Psicologia e Crítica da Cultura

Estado. À vista disso, a Constituição Federal de 1988 abrange o que se entende por família, permitindo uma expansão no que diz respeito a sua formação, não mais constituída apenas pelo Casamento; assim, são reconhecidas duas novas entidades familiares: a União Estável e aquela formada por qualquer um dos pais e seus ascendentes, como consta no art. 226 § 3º e 4º. Assim, tais entidades foram inseridas no Livro de Família e tuteladas pelo atual código vigente.

No dia 5 de maio de 2013, ao julgar duas ações diretas de inconstitucionalidade o Supremo Tribunal Federal, assegurou aos casais homoafetivos, os mesmos direitos relativos à união estável. A decisão foi tomada por meio da interpretação, conforme a Constituição Federal, do dispositivo do Código Civil que regula a União Estável. Embora não assegure o acesso direto ao Casamento por parte dos homossexuais, o STF anula qualquer interpretação que impeça o reconhecimento da União Estável para casais homoafetivos.

Na ausência do casamento, a união existente entre duas pessoas, não configura uma classificação entre eles, sendo ambos reconhecidos e protegidos constitucionalmente como diferentes entidades familiares (Gonçalves, 2012). Não obstante, o atual Código Civil traz um capítulo onde trata exclusivamente da União Estável, expresso nos arts. 1.723 a 1.727. Logo, o art. 1.726 assegura que esta forma de Entidade Familiar poderá converter-se em Casamento exigindo uma ação judicial a ser solicitada pelos conviventes. No que tange a homoafetividade, Maria Berenice Dias esclarece que “As uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não pode ser negada, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao Judiciário solver os conflitos trazidos” (DIAS, 2005).

Isso não implica dizer que, por se tratarem de diferentes Institutos Jurídicos, a União Estável não abarca efeitos pessoais e patrimoniais. O art. 1.724 do CC/2002 dispõe que: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. No que concerne ao Casamento, é possível observar algumas diferenças presentes no art. 1.566



X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades

IV Seminário Nacional de Psicologia e Crítica da Cultura

do CC/2002, onde expressa o dever da vida comum em domicílio conjugal, o que é dispensável a caracterização da União Estável (conforme a remota Súmula 382 do STF) e exige expressamente a fidelidade recíproca, bem como, respeito e consideração mútuos (não no sentido genérico que trata a união estável).

É possível perceber algumas diferenças entre Casamento e União Estável no âmbito jurídico. Vale ressaltar, por exemplo, a diferenciação quanto à formação e extinção (divórcio), com base no ordenamento jurídico brasileiro. Na dissolução da união estável ou do casamento, mediante morte de um dos indivíduos que forma o casal, existem diferenças significativas na comunhão parcial ou separação total de bens (que só existem no Casamento), diferentemente do direito obtido a partir de bens adquiridos durante sua vigência (existente na União Estável). Contudo, o CC/2002 prevê expressamente que o regime legal da União Estável, consiste na comunhão parcial de bens, sendo desnecessária a prova de eventual esforço comum para a comunicação de bens (Tartuce, 2014), porém a partir de documento expresso e registrado pode haver outra forma de comunhão de bens.

À luz do exposto no que concerne às diferenças existentes quanto ao Casamento e a União Estável, interligando-as ao direito de família, a advogada Maria Berenice Dias esclarece que “A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal (art. 1º, III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana” (DIAS, 2005).

3 IGUALDADE E CONJUGALIDADE

O sistema jurídico brasileiro tem como um dos principais pilares para a efetivação da democracia, o tratamento isonômico, expresso no art. 5º da CF/1988. Em



X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades

IV Seminário Nacional de Psicologia e Crítica da Cultura

contrapartida, no que diz respeito à realidade social, esse direito é tolhido para alguns indivíduos e ansiado por todos. A busca constante pela igualdade assemelha-se, em muitos casos, a uma luta sem fim. Embora a Lei Maior determine que todos devam ser tratados de forma igual perante a lei, isto não consegue aniquilar o preconceito na esfera social, bem como, as lacunas existentes no ordenamento jurídico.

Com base na discriminação existente em nossa sociedade, no que tange a diversidade sexual, tenta-se desconsiderar a existência de sujeitos homossexuais e seus direitos assegurados constitucionalmente de igualdade, liberdade e dignidade. Partindo do pressuposto de que todos são iguais perante a lei, é óbvio e inegável que, dentre a pluralidade humana, estão incluídos, também, aqueles cuja orientação sexual se faz com alguém da mesma configuração sexual biológica (Gomide, 2007), mantendo assim, vínculo afetivo e/ou sexual.

A negativa ao reconhecimento da homoafetividade por parte dos indivíduos inseridos num contexto intransigente, onde as esferas sociais e políticas visam à propagação dos padrões heteronormativos, fere o princípio da isonomia e reduz a liberdade sexual do cidadão. Assim, o respeito à dignidade da pessoa humana, expressa na CF/1988 em seu art. 1º, inc. III perde o sentido, uma vez que o tratamento desigual promove a exclusão social e marginaliza a homossexualidade.

Não se vive um Estado Democrático de Direito quando a autonomia e liberdade sexual são limitadas e submetidas aos anseios de uma sociedade patriarcal, desprezando a singularidade do ser, permitindo que a noção de democracia existente atinja diretamente o terreno da vida pessoal.

No que diz respeito à conjugalidade, esta existe conforme a identidade conjugal comum ao casal, construída através das significações particulares dos indivíduos (CARNEIRO, 1998). Assim sendo, a conjugalidade rompe as barreiras meramente institucionais do “casamento” e fomenta uma discussão com base nos vínculos afetivos extramatrimoniais, onde amplia a constituição de família, do mesmo modo que propicia uma análise as noções culturalmente arraigadas de casamento.



X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades

IV Seminário Nacional de Psicologia e Crítica da Cultura

A satisfação conjugal acontece na medida em que duas pessoas constituem um ambiente de suporte e desenvolvimento da família. Desse modo, é através da união de significações e sentimentos que o casal dá início ao comprometimento recíproco em busca do funcionamento conjugal (Sousa, 2006). Neste sentido, o desejo de viverem juntos através dos vínculos afetivos, eleva a discussão sobre conjugalidade ao âmbito social e jurídico. Social porque se refere à vida particular dos indivíduos e jurídico por se tratar de direitos assegurados a partir dos princípios constitucionais e, de modo geral, reflete diretamente no terreno pessoal.

Assim, a conjugalidade existente nas relações se dá por meio de um processo comum, construído e reconstruído ao longo da relação. Apesar de toda diversidade sexual existente, esta não impede que casais vivam conforme seu desejo, enquanto aguardam ou lutam por reconhecimento jurídico, onde o direito sirva de instrumento para alcançar a intimidade, no que diz respeito ao casamento igualitário e a efetivação da norma.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à liberdade sexual deve estar pautado no princípio da igualdade, sendo necessário consolidar a tutela jurídica e a legitimação social para que a democracia não fira os interesses das minorias, mas assegure seus direitos de modo contínuo e público. Desse modo, o casamento civil igualitário representa uma luta em busca da liberdade, através da equiparação dos direitos e garantias fundamentais. Erradicar o preconceito e a exclusão social é uma tarefa fundamental para vivermos efetivamente um Estado Democrático de Direito.

O respeito à vida privada, não cabe somente aos sujeitos particulares, mas ao direito público, considerando a importância dos princípios fundamentais no sistema



X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades

IV Seminário Nacional de Psicologia e Crítica da Cultura

jurídico, bem como, afastando a intensa disparidade presente entre as diferentes entidades familiares. Assim, como característica inerente aos seres humanos, a dignidade não desfavorece quaisquer pessoa e deve prevalecer de forma ampla no direito brasileiro.

Contemplar o casamento heterossexual na esfera jurídica e social, não dizime a existência de casais formados por pessoas do mesmo sexo que vivem suas vidas e constituem família. Esta é uma realidade social e, como tal, merece proteção do Estado

Conclui-se, assim, que a igualdade é um direito reconhecido e assegurado constitucionalmente e, sendo assim, não deve ser interpretada de maneira desigual. A conquista dos direitos referentes à sexualidade (e tantos outros) deve acontecer promovendo a inclusão de todos os cidadãos, sem distinção de qualquer natureza, como expresso no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 2012.

Brasil. **Código civil**, 2002. **Código civil**. Brasília. DF, Senado, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. A Igualdade Desigual. Disponível em <<http://www.mariaberenice.com.br/>>
Acessado em 26\03\2014



X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades

IV Seminário Nacional de Psicologia e Crítica da Cultura

_____. As uniões homoafetivas frente à Constituição Federal. Disponível em <<http://www.mariaberenice.com.br/>> Acessado em 24\03\14.

_____. Casamento: nem direitos nem deveres, só afeto. Disponível em <<http://www.mariaberenice.com.br/>> Acessado em 24\03\2014.

FÉRES-CARNEIRO, Terezinha. **Casamento contemporâneo: o difícil convívio da individualidade com a conjugalidade.** **Psicologia: Reflexão e Crítica**, São Paulo, v.11, n. 2, p. 379-394, 1998.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade: sexualidade, amor & erotismo nas sociedades modernas.** São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** Direito de Família, vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** Direito de Família, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2012.

LAKATOS, E.M., MARCONI, M. de A. **Fundamentos de metodologia científica.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SOUSA, J. **As famílias como projetos de vida: O desenvolvimento de competências resilientes na conjugalidade e na parentalidade.** *Saber (e) Educar* 11, 41–47, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil, volume único.** São Paulo: Método 2014.



X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades

IV Seminário Nacional de Psicologia e Crítica da Cultura

NICHNG, Claudia Regina; REA, Caterina. **Direitos, igualdade e democracia sexual: a união entre pessoas do mesmo sexo na Argentina e no Brasil.** Disponível em <<http://www.aninter.com.br/>> Acessado em 22\03\2014