

DEMOCRATIZAÇÃO DO CASAMENTO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

DEMOCRATISATION OF WEDDING AND THE FUNDAMENTAL RIGHTS

Stefania Fraga Mendes¹
Kelly Cristina Canela²

RESUMO

A dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade, a isonomia, o acesso à justiça e a vedação a qualquer tipo de discriminação ou preconceito constituem as bases do Estado Democrático de Direito que busca efetivar a Cidadania através da garantia dos Direitos Fundamentais assegurados constitucionalmente. O estudo em análise noticia o reconhecimento gradativo de direitos às relações familiares, sobretudo aos casais homoafetivos, em virtude das transformações sociais e do novo perfil constitucional de pluralidade das relações familiares. Ainda que exista preconceito mascarado por ideais de cunho moral, social, cultural e religioso, o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi garantido materialmente. O casamento democratizou-se. Ressalta-se o avanço do Poder Judiciário que tem resguardado direitos a um segmento da população alvo de discriminação face à inércia legislativa.

Palavras-chave: Constituição federal. Pluralidade. União homoafetiva. Casamento civil homoafetivo.

ABSTRACT

The dignity of the human person, the right to freedom, the equality, the access to justice and to seal any type of discrimination or prejudice are the foundations of the democratic rule of law that seeks to accomplish the Citizenship through the guarantee of fundamental rights constitutionally guaranteed. The study in question reported the gradual recognition of rights to family relationships, especially to homosexual couples, due to social changes and the new constitutional profile plurality of family relationships. Although there is prejudice masked by ideals of moral, social, cultural and religious,

¹ Mestranda pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2013). Bolsista do Centro Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq (2010/2011 e 2012/2013). Membro do Programa de Pesquisa em Processo Penal, vinculado com o Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal - IBRAPP (2011). Advogada.

² Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1998-2002), com habilitação em Direito Privado e Processo Civil. É mestre em Direito pela Università di Roma Tor Vergata (2004-2006) e doutora, na Área de Direito Privado, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2004-2009). É professora do Departamento de Direito Privado da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP) e advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil.

the marriage between persons of the same sex was guaranteed materially. The wedding was democratized. Emphasize the advancement of the Judiciary which has safeguarded rights to a segment of the target population face discrimination legislative inertia.

Keywords: Federal constitution. Plurality. Homosexual union. Homosexual civil marriage.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal adotou o princípio da pluralidade de formas de família. O sistema patriarcal que preconizava a constituição da família exclusivamente por meio do casamento sofreu alteração em virtude das novas configurações de família.

A união estável formada necessariamente entre homem e mulher está prevista na Constituição Federal e não há dúvidas quanto à sua inserção no ordenamento jurídico, sendo considerada entidade familiar. A união homoafetiva teve reconhecimento a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal que interpretou o Código Civil à luz da Constituição Federal.

O assunto a ser desenvolvido perpassa o fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil ao consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana, inserindo-a no centro do ordenamento jurídico. A dignidade da pessoa humana, alçada pelo artigo 1º, III da Lei Maior resguarda a proteção da família. Tal princípio associa-se ao princípio da igualdade e da liberdade.

A igualdade de tratamento dispensado às relações heteroafetivas deve ser o mesmo destinado às relações homoafetivas bem como se deve respeitar o direito à liberdade sexual. Dessa forma, o casamento civil homoafetivo foi assegurado no Brasil, tornando-se acessível a todos. A democratização do casamento funda-se na existência de um Estado Democrático de Direito e na promoção da dignidade humana.

O trabalho apresenta o Estatuto da Diversidade Sexual e as propostas de Emenda à Constituição Federal que visam assegurar direitos. A atividade desempenhada pelo Poder Legislativo deve estar de acordo com a realidade das novas relações interpessoais. Assim, é possível alcançar a efetividade dos direitos fundamentais.

2 NOVAS CONFIGURAÇÕES DE FAMÍLIA E O CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO

As relações de direito civil, antes delimitadas na esfera privada, passaram a ser valoradas conforme a Constituição Federal em razão da dignidade humana.

Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar a nova ordem pública constitucional.³

Tem-se a partir disso a definição de Constitucionalização do Direito Civil, em que o ordenamento jurídico submete-se aos preceitos presentes na Constituição Federal. A ordem constitucional consagra a pessoa humana como o novo valor a ser tutelado.

O princípio da dignidade humana, no âmbito do direito de família, atua no sentido de valorizar cada integrante da família com suas peculiaridades e personalidade inerentes, sem discriminação de classe, nacionalidade, raça, cor ou orientação sexual.

O Código Civil de 1916 fazia menção à família constituída exclusivamente pelo matrimônio. A formação do vínculo familiar emergia da ideia de matrimônio. A visão hierarquizada de família relacionava-se com o modelo patriarcal, com a finalidade precípua de continuidade e procriação.

A influência religiosa em uma sociedade conservadora e patriarcal consagrou o casamento como sacramentado e indissolúvel. A permanência do casamento interessava a Igreja bem como o Estado que privilegiava a conservação da família.

No entanto, houve a necessidade de reconhecer novos arranjos familiares, além daqueles constituídos por meio do casamento. A nova ordem jurídica possibilitou a pluralidade das relações familiares.

No sistema pré-constitucional, a concepção de unidade familiar se confundia com a união formal do matrimônio, justificando-se, assim, segundo a lógica do sistema, a atribuição da chefia da sociedade conjugal do marido, o

³ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 7.

AN. CONGR. BRAS. PROC. COL. E CIDAD., n. 2, p. 91-97, out. 2014.

II CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

sacrifício da liberdade da mulher, a submissão dos filhos ao arbítrio do pai e a preservação, a todo custo, do vínculo conjugal, modelo único admitido pelo ordenamento para a constituição da família. Fora do casamento, não havia família, não havia direito de família, não havia direito.⁴

A inovação constitucional ao ampliar o conceito de família, incluiu a união estável e a família monoparental como entidade familiar. O art. 226 § 3º da Lei Maior reconheceu a união estável entre homem e mulher, deixando desamparada a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. A decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul em março de 2001 foi pioneira quando reconheceu o vínculo homoafetivo como entidade familiar.

No dia 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu em julgamento conjunto da ADIn 1277 e da ADPF 132, a união homoafetiva como entidade familiar⁵. A decisão com efeito vinculante e eficácia contra todos assegurou aos casais homoafetivos proteção jurídica.

Ao incluir os casais com vínculo homoafetivo no cenário da união estável, foi reconhecida a proteção à dignidade humana, o direito ao desenvolvimento da personalidade, o tratamento igualitário e a liberdade de opção sexual. O contexto da sexualidade é uma realidade que se impõe e atravessa um caminho de gradativa conquista de direitos.

A partir da Resolução nº 175/2013⁶, o casamento civil homoafetivo foi garantido materialmente. O casamento democratizou, tornando-se acessível a todos, inclusive aos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Os casais homoafetivos podem comparecer ao cartório de registro de pessoas naturais e solicitar a habilitação para o casamento. Não é necessário registrar a união estável antes para depois solicitar a conversão em casamento.

⁴ TEPEDINO, Gustavo. A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo. **Soluções práticas**. vol. 1. p. 19, nov. 2011.

⁵ No julgamento da ADIn 1277 e ADPF 132, o Ministro Ayres Britto mencionou a proteção concedida à família, [...] salta à evidência *que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação – é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo.*(grifo original)

⁶ A 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.

II CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

Entretanto, apesar de ter sido reconhecido materialmente há discussões acerca do seu reconhecimento pela lei. A aprovação no Congresso Nacional de um Estatuto da Diversidade Sexual foi defendida no dia 12 de dezembro de 2013, durante audiência pública da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) sobre os novos arranjos familiares. Foi elaborado um anteprojeto pela Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Critica-se a inércia do Congresso Nacional em aprovar leis que garantam direitos a casais homoafetivos. Acrescenta-se o desafio a ser superado no tocante à falta de visibilidade dada aos novos arranjos familiares, especialmente à união homoafetiva.

Diante da omissão do legislador, foi elaborado o Estatuto da Diversidade Sexual que abarca as formas de diversidade que necessitam de regulamentação. Com o Estatuto da Diversidade Sexual foram apresentadas Emendas à Constituição Federal. Dentre as propostas, encontra-se o acesso ao casamento igualitário. Elencam-se 03 (três) propostas: 1) proibição de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero (PEC 110, de 08/11/2011); 2) substituição da licença-maternidade e licença-paternidade pela licença-natalidade de 180 dias (PEC 111, de 08/11/2011); 3) acesso ao casamento igualitário de iniciativa dos deputados federais Jean Wyllys (PSOL-RJ) e Érika Kokay (PT-DF), apresentada à Câmara dos Deputados.

Almeja-se a positivação do casamento civil e igualitário a partir da alteração infraconstitucional e constitucional a fim de suprimir a exclusão jurídica, estendendo cidadania e incluindo os excluídos.

3 CONCLUSÃO

O Estado democrático de Direito almeja efetivar a Cidadania garantindo os Direitos Fundamentais elencados na Constituição Federal. Ademais, o Estado Democrático de Direito tem como base a dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade, a isonomia, o acesso à justiça e a vedação a qualquer tipo de discriminação

II CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

ou preconceito. Para efetivar a Cidadania é necessário que os preceitos constitucionais sejam respeitados.

A Constituição Federal de 1988 pluralizou o conceito de família ao possibilitar novos arranjos familiares. O conceito unívoco de família formada exclusivamente pelo casamento sacramentado e indissolúvel ampliou ao eleger novas formas de vínculo afetivo como entidade familiar.

Ao valorizar o vínculo afetivo existente em detrimento do vínculo matrimonial, a Constituição Federal considerou como entidade familiar a união estável formada entre homem e mulher e a família monoparental, conforme o art. 226, § 3º e 4º.

No julgamento em conjunto da ADIn 1277 e da ADPF 132 pelo Supremo Tribunal Federal a união homoafetiva foi reconhecida como uma família conjugal. Dessa forma, questionou-se a possibilidade de a união homoafetiva constituir-se pelo casamento ou por conversão.

O casamento democratizou, tornando-se acessível a todos a partir da edição da Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). No entanto, mesmo que garantido materialmente clama por regulamentação jurídica.

Os direitos fundamentais são resguardados ainda que o interesse seja da minoria. A dignidade da pessoa humana e os princípios da igualdade de tratamento e de liberdade supõem que a família homoafetiva tenha o mesmo reconhecimento advindo das relações heteroafetivas.

As implicações de ordem moral, social, cultural e principalmente religiosa fazem com que o caminho a ser percorrido em busca do reconhecimento de direitos passe por dificuldades e restrições. O campo da sexualidade atravessa um período de gradual aceitação no âmbito do Direito de Família e caminha em busca da posituação de direitos a fim de assegurar o tratamento igualitário a todas as entidades familiares.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. **Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século**. Revista da Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 1998-1999. p. 33.

_____. **Manual de direito das famílias**. 3.ed.rev., atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

II CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

_____. **União homossexual. O preconceito e a justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A democratização do casamento.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/pt/a-democratizacao-do-casamento.cont> . Acesso em: 23 de maio de 2014.

FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Responsabilidade Civil do terceiro que interfere na relação contratual.** Belo Horizonte: Dey Rey, 2009. p.12.

FUGIE, Erika Harumi. Inconstitucionalidade do art.226, § 3,º **Revista dos Tribunais.** vol. 813. p.64, Julho de 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC.** vol. 1. Rio de Janeiro: Padma, jan-mar. 2000. p. 108.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A união homoafetiva na legislação brasileira: natureza jurídica. **Doutrinas Essenciais Famílias e Sucessões.** vol. 2. p. 1283. Agosto de 2011

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal.** 1. ed. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2003. p. 60.

SILVA JUNIOR, Assis Moreira. Casamento civil homoafetivo e (in)segurança jurídica. **Revista jurídica:** órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 61, nº 428, Junho de 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil.** In: *Temas de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 7.

_____. **Temas de direito civil – Tomo II** .Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p.36.

_____. **Temas de direito civil.** 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 . p. 396.

_____. A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo. **Soluções práticas.** vol. 1. p. 19, Novembro de 2011.