

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO CIVIL “HOMEM E MULHER” PARA O CASAMENTO

Deborah Cristiane Domingues de Brito ¹
Millena da Silva Oliveira ²

“Que não se separe por um parágrafo, o que a vida uniu pelo afeto”.
(Carlos Ayres Britto)

RESUMO

O presente artigo tem como tema a inconstitucionalidade do requisito “homem e mulher” para o casamento. O problema focado pela pesquisa reside na necessidade de se constatar se o referido requisito é constitucional ou não. Busca-se verificar se o mesmo fere, ou não, os princípios da Carta Magna e se há possibilidade da legalização do casamento homoafetivo, uma vez que atualmente o Supremo Tribunal Federal consentiu na união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Palavras-chave: Casamento. Homoafetividade. Constitucionalidade.

¹ Docente do Curso de Direito da UNIFEV – Centro Universitário de Votuporanga

² Discente do 7º Período do Curso de Direito da UNIFEV – Centro Universitário de Votuporanga.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO CIVIL “HOMEM E MULHER” PARA O CASAMENTO

INTRODUÇÃO

O Direito não é composto por regras gerais despidas de influências sociológicas e valorativas, tal qual ensinava Kelsen, mas, *a priori*, deve refletir, principalmente em sua Lei Maior, os direitos e garantias fundamentais de cada força social, legitimando um verdadeiro Estado Constitucional, conforme assentava Ferdinand Lassale.

Partindo desse pressuposto, surge, no Brasil, um novel ramo do Direito, denominado Direito Homoafetivo, trilhado pela ilustre jurista Maria Berenice Dias, capaz de amparar juridicamente, uma parcela da população que sofre com o não reconhecimento jurídico de seus relacionamentos, os casais homossexuais.

Um importante passo já foi dado, tendo em vista a recente decisão unânime, de caráter vinculativo e efeito *erga omnes*, emanada pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI-4277 e ADPF-132, que concedeu guarda constitucional às uniões estáveis homoafetivas.

Diante dos novos rumos do Direito no que concerne às entidades familiares formadas por casais homossexuais, a presente pesquisa tem por objetivo verificar se o requisito civil “homem e mulher” para o casamento, constante nos artigos 1.514 e 1.517 do Código Civil maculam os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

A partir deste ponto, cabe avaliar se existe a possibilidade jurídica da realização do casamento homoafetivo, uma vez que as uniões estáveis homoafetivas foram permitidas pela recente decisão do STF, que teve votação unânime dentre todos os ministros.

O que se busca com o presente estudo é apontar que os direitos e garantias fundamentais do ser humano, consubstanciados nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, estendem-se a todos, sem qualquer tipo de diferenciação, suplantando visões pessoais, religiosas, discriminatórias ou mesmo retrógradas, que permeiam o âmbito jurídico.

Assim, por meio de princípios jurídico-constitucionais e da analogia, consegue-se resguardar aos homoafetivos um dos direitos mais antigos do mundo: o direito ao casamento e à família.

1 DO CASAMENTO

Desde as épocas mais remotas, as pessoas se unem para ter uma vida em comum e celebrar, de formas diversas, tal união. Ensina Venosa (2007) que, nos tempos antigos, o matrimônio era o laço sagrado por excelência, tendo como tronco principal o homem, chamado *pater*, e a mulher, sua submissa total.

O casamento, hodiernamente, é um instituto de direito privado, imiscuído por normas cogentes, ora visto como um contrato, ora como uma instituição. Reveste-se, portanto, destas duas faces, ou seja, possui caráter misto: na sua forma, é contrato, e no seu conteúdo, instituição. Regulamentado está pelo Código Civil Brasileiro, especificamente no Livro IV (Do Direito de Família), Título I (Do Direito Pessoal), Subtítulo I (Do Casamento).

O casamento consiste na união legal entre homem e mulher, celebrada com observância das formalidades exigidas na lei. Seu efeito preponderante é a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, consoante artigo 1.511, do Código Civil.

No Brasil, para efeitos de lei, existem o casamento civil e o religioso, sendo que este último deve ser levado a registro em Cartório (art. 1.515, do Código Civil).

Dentre os objetivos do casamento, conforme leciona Diniz (2010, p. 38-39), estão:

[...] a instituição da família matrimonial [...], a procriação dos filhos [...], a legalização das relações sexuais [...], a prestação de auxílio mútuo [...], o estabelecimento de deveres entre os cônjuges [...], a educação da prole [...] e a atribuição do nome ao cônjuge [...].

Ressalta a douta autora que a procriação, que já foi vista como finalidade precípua do matrimônio, hoje já não mais se caracteriza como

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO CIVIL “HOMEM E MULHER” PARA O CASAMENTO

essencial, uma vez que se assim o fosse, muitos casamentos dos quais não advieram filhos seriam anulados.

Os caracteres gerais do casamento são: a liberdade na escolha do nubente, a solenidade e publicidade do ato nupcial, a união permanente e exclusiva. Citando Orlando Gomes, Diniz (2010) assenta que seus princípios regentes são: “a livre união dos futuros cônjuges, a monogamia e a comunhão indivisa”.

A doutrina costuma dividir o casamento em três planos: o da existência, da validade e da eficácia. Todavia, a legislação pátria apenas amparou os casos de invalidade e ineficácia do instituto, explicitando-os nos Capítulos VIII e IX do Diploma Civil. Logo, o plano da existência, no qual se exige a diferença de sexos, recai numa criação doutrinária a partir da exegese literal da lei, principalmente dos artigos 1.514 e 1.517, do Código Civil.

2 DAS ENTIDADES FAMILIARES

Inicialmente, convém destacar o conceito de família. Em conceito amplo significa:

[...] o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. (VENOSA, 2007, p. 02).

A família, ao longo do tempo, sofreu transformações quanto à sua constituição. Nos tempos antigos, era composta por todos aqueles que dependiam do *pater familias*, ou seja, aqueles que detinham o poder familiar (geralmente o homem), tendo ao seu redor a esposa, os filhos e todos os agregados. Nesta época, a prole era de vital importância para a continuidade da família, ocorrendo, muitas vezes, o casamento entre irmãos consanguíneos. Com o tempo, a família diminuiu, passando a ser formada basicamente por pai, mãe e filho (família em sentido estrito), e o incesto foi repudiado, mas a procriação ainda tinha papel fundamental para a continuidade familiar.

Surgiu, então, uma forma de enlace familiar denominada concubinato, a qual era extremamente repelida pela sociedade moralista burguesa e pela

Igreja, sendo que, os filhos oriundos dessas relações eram considerados ilegítimos. Atualmente, o concubinato, aquele advindo da união de duas pessoas sem o casamento, deixou a roupagem de imoral e passou a ser reconhecido como união estável.

Há, portanto, diversas entidades familiares no Brasil (artigo 226, da Constituição Federal): a família advinda do casamento, da união estável e a monoparental (e, para alguns doutrinadores, a anaparental).

3 DA HOMOAFETIVIDADE

A questão da homoafetividade encontra-se enraizada desde os mitos gregos, nos quais personagens simbólicos como Zeus e Ganimedes formaram o casal mais famoso, além de Apolo, que raptava jovens efebos.

Conforme Fátima Maria Marins Guerreiro (2007), “os gregos consideravam a prática da pederastia como um ato nobre, ético e como forma de ensinamento e iniciação do jovem na vida adulta”. Havia, portanto, a aceitação social.

Durante a Idade Média, com a intervenção social contínua da Igreja, a homoafetividade foi estigmatizada como um pecado mortal, levando muitos para a morte na fogueira.

Em 1.869, o médico húngaro Karoly Maria Benkert criou o termo homossexualismo, sendo que o sufixo *ismo* remete à ideia de doença. Esta concepção logo se espalhou pelo mundo e, até hoje, ainda é disseminada.

Guerreiro (2007, p. 18), em sua monografia de conclusão de pós-graduação UERJ:

Desta forma, todos os atos sexuais contrários ao padrão instituído como normalidade passaram a ser alcunhados de atos criminosos, sendo considerados como tais, a prostituição e a homossexualidade. Foram os médicos e psiquiatras, autoridades em sexualidade, que passaram a ser os agentes que gradativamente tornaram a homossexualidade um ato reprovável e digno de repreensão. [...] No Brasil, o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) manteve até a década de 80, do século XX, o homossexualismo

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO CIVIL “HOMEM E MULHER” PARA O CASAMENTO

classificado como doença, código 302.0, no campo das doenças mentais, especificamente, desvio mental.

Em 1.973, a Associação Americana de Psiquiatria retirou o termo homossexualismo dos manuais de diagnósticos psiquiátricos como distúrbio mental. Houve a substituição do sufixo *ismo* por *idade*, passando a ser homossexualidade, que designa um modo de ser, uma opção de vida.

A mais recente conceituação vem de Dias, citada por Guerreiro:

O termo homoafetividade é um neologismo criado pela ilustre jurista e doutrinadora Maria Berenice Dias, Desembargadora na capital do Rio Grande do Sul. Em seu livro “União homossexual: o preconceito & a justiça” Dias utilizou o termo homoafetividade para designar as uniões entre pessoas do mesmo sexo cujo cerne é o afeto. (2007, p. 24).

O Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa descreve o termo “homoafetividade” como sendo:

1. Qualidade ou caráter de homoafetivo. 2. Relação afetiva e sexual entre pessoas do mesmo sexo. Homoafetivo 1. Que diz respeito à afetividade e a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo. 2. Realizado entre as pessoas do mesmo sexo: casamento homoafetivo. 3. Relativo ou pertencente a, ou próprio de duas pessoas que mantém relação conjugal, ou que pretendem fazê-lo: direito homoafetivo (2010, p. 1105).

Salienta-se, portanto, que a homoafetividade não é doença, crime ou mesmo uma opção de vida, mas consiste no afeto, desejo e amor entre pessoas do mesmo sexo, ou seja, diz respeito às relações carnis e espirituais concernentes a casais formados por dois homens ou duas mulheres.

Mesmo com o termo já abrangido pelo dicionário brasileiro, a discriminação e o preconceito ainda povoam as mentes dos brasileiros. Há até um Projeto de Lei nº 122/2006 em tramitação para criminalizar a homofobia.

4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO CIVIL “HOMEM E MULHER” PARA O CASAMENTO

Uma norma é inconstitucional quando fere algum princípio estabelecido pela Carta Magna. Partindo desta premissa, constata-se que os artigos 1.514 e

1.517 do Diploma Civil, instituidores do requisito “homem e mulher” para o casamento, são inconstitucionais, haja vista que afrontam vários princípios da Lei das Leis.

Prima facie, ferem o princípio da isonomia, consubstanciado no *caput*, do artigo 5º, da Lei Maior, posto que não se pode preferir a legalização do casamento heterossexual em detrimento do casais homoafetivos, os quais rejeitados estão juridicamente, resultando numa exclusão e desigualdade ilícitas.

Corrompe-se o princípio-direito à liberdade (artigo 5º, *caput*, CF), como sinônimo de autodeterminação, ou seja, trata-se da liberdade individual de cada indivíduo a fim de possuir autonomia de vida e realizar-se como pessoa. Viola-se, outrossim, o princípio da proibição da discriminação por qualquer motivo, haja vista que o próprio artigo 3º, IV, determina que não se pode discriminar ninguém por sua origem, raça, sexo, cor, religião, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por fim, tem-se maculado um dos fundamentos e princípio-mor da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), a qual norteia e rege todas as relações jurídicas brasileiras.

Além disso, ao se dar uma interpretação fria e literal à lei civilista, está-se desrespeitando o princípio da unidade do direito e da própria constituição, visto que o ordenamento jurídico como um todo deve ser aplicado tendo como base a sua gênese constitucional.

5 DA POSSIBILIDADE DO CASAMENTO HOMOAFETIVO

“Mas então para que casar? (...) A razão é que assim como precisamos do olhar dos outros para saber que existimos, os amores também precisam circular socialmente para consolidar-se”. Diana Corso

Em 05 de maio de 2011, após audiências públicas, o Supremo Tribunal Federal, julgou a ADI-4277 e a ADPF-132, declarando que as uniões homoafetivas têm o mesmo caráter e validade de união estável.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO CIVIL “HOMEM E MULHER” PARA O CASAMENTO

Logo, extirpou-se qualquer tipo de diferenciação jurídica entre casais de pessoas de sexo oposto ou igual e, a partir do acórdão unânime, com efeito *erga omnes* e força vinculante, a situação de desigualdade jurídica em que se encontravam tais casais foi quase inteiramente solvida.

Se a união estável, como vista anteriormente, é uma entidade familiar, está resguardada pelo *caput* do artigo 226 da CF: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Ipsa facto, com o reconhecimento da união estável homoafetiva, esta também se constitui em família e deve ser protegida pelo Estado, a fim de que lhe sejam garantidos todos os seus direitos, inclusive o da conversão em casamento.

Todavia, mesmo diante do referido julgado, paira uma questão relativamente à dinâmica jurídica da união estável, qual seja, a possibilidade desta ser convertida em casamento. Restou, portanto, uma lacuna legal no que tange à abrangência da decisão do Excelso Pretório.

E, diante de uma lacuna jurídica, os meios para supri-la são: a analogia, os princípios gerais do direito, os costumes ou a equidade (artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil).

Utilizando-se destes instrumentos jurídicos para a colmatagem das lacunas, chega-se ao arremate das situações jurídicas que ficaram à mercê da insegurança e discricionariedade.

O uso da analogia consiste em comparar duas ou mais situações idênticas, sendo que uma delas será o parâmetro, haja vista já estar inserida na seara legal; a outra ou outras situações, ainda não regulamentadas legalmente, por possuírem semelhantes características, ou seja, serem análogas faticamente, serão instituídos os mesmos trâmites jurídico-legais que aqueles reconhecidos às primeiras.

Destarte, se a união homoafetiva foi reconhecida juridicamente no Brasil, a sua conversão em casamento também o deve ser, posto que, pela analogia, se casais heterossexuais vivendo em união estável podem convertê-la em casamento, por consequência, os casais homoafetivos em união estável também o podem.

Da mesma forma, se duas pessoas de mesmo sexo têm o intuito de se casar, deve-se validar este matrimônio, pois dele também advirá uma família, a homoparental, merecedora da proteção estatal.

Os artigos 1.514 e 1.517 do CC/02 são, atualmente, analisados sob uma ótica literal, mas por uma exegese sistemática, social e teleológica, restam inconstitucionais.

Além disso, pelos princípios gerais do Direito, decorre a tese de que qualquer novo direito instituído, não pode infringir ou mesmo suplantar os direitos e garantias já implantados anteriormente. Desta forma, o reconhecimento legal do casamento homoafetivo ou mesmo a conversão da união estável homoafetiva em casamento, não fere nenhum direito ou garantia já estatuída aos casais heteroafetivos. Conforme asseverou o ministro do Supremo Tribunal Federal, Ayres Britto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277: *“Aqui o reino é da igualdade absoluta. Não se pode dizer que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. A sociedade também não perde. Quem ganha com a equiparação? Os homoafetivos. E quem perde? Ninguém perde”*.

Ademais, o que não é proibido pela lei, é permitido, já que, pelo princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da CF) somente a lei pode criar deveres e direitos.

Se se partir da equidade, considerando que esta trata da consecução justiça no Direito, tem-se a mesma conclusão jurídica, qual seja, a de que o casamento homoafetivo deve ser legalizado no Brasil, porquanto ser injusto o amparo jurídico somente ao casamento entre pessoas de sexo oposto, vedando o mesmo direito aos casais formados por pessoas de mesmo sexo.

Tem-se, ainda, o entendimento respaldado por Grasiela Cristine Celich (2011), de que a condição “homem e mulher” insere-se numa criação teórica, e não legal, de que é pressuposto de existência do casamento. Sendo assim, se dois homens ou duas mulheres se casarem, tal ato inexistirá, porquanto são pessoas de mesmo sexo. Todavia, pode não haver existência no plano do direito, mas no mundo concreto dos fatos, existiu sim, e, pode não constituir ato jurídico, mas é fato jurídico do qual advém consequências, direitos e deveres, os quais existem sim.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO CIVIL “HOMEM E MULHER” PARA O CASAMENTO

A própria lei não trata do plano de existência do casamento, mas tão-somente, da sua validade e eficácia. Nestas, não há qualquer impedimento ao casamento de pessoas do mesmo sexo.

Encerrando a presente discussão, convém trazer à baila a ementa de um inovador julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Rio Grande do Sul – Porto Alegre - *Apartheid* sexual. A segregação de homossexuais, restringindo-lhes direitos em razão de sua orientação sexual, é incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no primeiro artigo da Constituição Federal. A nova definição legal da família brasileira (Lei nº 11.340/2006) contempla os casais formados por pessoas do mesmo sexo, conforme antecipado pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, através do Provimento 06/04 – CGJ. Concepções religiosas de família não podem ser impostas através do Estado-juiz. No ordenamento jurídico brasileiro, porque vedada qualquer forma de discriminação, o casamento civil está disponível para todos, independentemente de sua orientação sexual. Ação julgada procedente, para reconhecer a família constituída pela autora e sua companheira, que conviveram em união estável por 25 anos. (TJRS, Proc. 1060178794-7, 2ª V. Fam. Suc., Juiz Roberto Arriada Lorea, j. 07/01/2008).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante”.
(Max Scheler).

Diante de todo o exposto, conclui-se que o requisito “homem e mulher” para o matrimônio civil é inconstitucional, posto que infringe princípios normativos estabelecidos pela Carta Magna, a lei máxima de um ordenamento, tais como o da igualdade, da não discriminação, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Ademais, macula-se, ainda, o princípio da unidade da Constituição, segundo o qual, nenhuma norma deve ser interpretada ou aplicada à par do que impõe a Lei Maior, sob pena de inconstitucionalidade.

Por conseguinte, em face da referida inconstitucionalidade, deve-se legalizar o casamento civil homoafetivo no Brasil e, também, reconhecer como válida e constitucional a conversão da união estável homoafetiva em casamento.

A finalidade do casamento é a comunhão plena de vida, ou seja, para a consecução de tal fim, ilegal e inconstitucional é a imposição de cônjuges de sexo oposto, já que o amor, o afeto, o companheirismo e a felicidade de um casal independem da orientação sexual desses indivíduos.

Não se deve repelir o diferente, mas integrá-lo e recepcioná-lo de forma a resguardar os direitos e a dignidade de cada ente social, pois preconceito e discriminação não têm, nem nunca terão, amparo legal.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO CIVIL “HOMEM E MULHER” PARA O CASAMENTO

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Supremo reconhece união homoafetiva**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 16 de mai. de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Relator Ayres Britto na ADI4277**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 16 de mai. de 2011.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: . Acesso em: 18 de mai. de 2011.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: . Acesso em: 18 de mai. de 2011.

CELICH, Grasiela Cristine. **A possibilidade jurídica do casamento homoafetivo no Brasil**. Santa Maria: AGBook, 2011.

CHAVES, Marianna. **As Uniões homoafetivas e a corte constitucional brasileira**. Disponível em: . Acesso em: 22 de maio de 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 5.

FERNANDEZ, Atahualpa. **Casamento Homoafetivo**. Disponível em: . Acesso em: 10 de mai. de 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 5. ed. São Paulo: Positivo, 2010.

GUERREIRO, Fátima Maria Marins. **Família homoafetiva e os principais desafios**. Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_trabalho_tese/a_familia_homoafetiva_e_os_principais_-_ftima_guerreiro_-_verso_ibdfam.pdf>. Acesso em: 22 de mai. de 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.