

Organização:

Márcia Ribeiro da C. Valentin

Marcelo Maciel Ramos

Pedro Augusto Gravatá Nicoli

DICIONÁRIO JURÍDICO DO GÊNERO E DA SEXUALIDADE

editora
DEVIRES

Direito ao casamento LGBT no Brasil

O direito de pessoas do mesmo sexo constituírem família através da união estável e do casamento foi definitivamente introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no ano de 2011 através da decisão proferida nas ADI 4.277 e ADPF 132¹⁸³ e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2013 através da Resolução n. 175.

Embora os próprios fundamentos jurídicos do reconhecimento do casamento e da união de pessoas LGBT+ já estivessem presentes na Constituição Federal Brasileira de 1988, conforme a interpretação fixada pelo STF em 2011, o Congresso Nacional falhou em explicitar esses direitos na lei e o judiciário brasileiro recusou repetidamente até o fim da década de 2000 a aplicar o direito de família brasileiro a uniões de pessoas do mesmo sexo.

Até o começo do século XXI, os tribunais brasileiros, quando reconheciam as relações de casais do mesmo sexo, o faziam, enquadrando-as como “sociedade de fato”. Não se tratava de reconhecer qualquer vínculo familiar, mas de garantir a proteção jurídica do patrimônio comum de casais LGBT+ como se suas relações fossem uma mera relação contratual ou um empreendimento comercial¹⁸⁴. Na decisão de 1998 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que firmou o

¹⁸² Professor da Faculdade de Direito da UFMG desde 2012. Professor visitante da Duke University 2019-2020. Coordenador do Diverso UFMG – Núcleo Jurídico de Diversidade Sexual e de Gênero. E-mail: mmramos@ufmg.br.

¹⁸³ ADI é a abreviatura para Ação Direita de Inconstitucionalidade e ADPF de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A ADI 4.277 foi impetrada pela Procuradoria Geral da República (originalmente autuada como ADPF 178) em 2009 e a ADI 132 pelo Governador do Rio de Janeiro em 2008. A primeira requeria o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e a segunda alegava que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria direitos fundamentais como o da igualdade, liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana. O STF entendeu que havia convergência dos objetos da ADI 4.277 da ADPF 132, promovendo o julgamento conjunto delas.

¹⁸⁴ Vale explicar que o direito civil brasileiro estabelece que uma sociedade se constitui a partir de um contrato pactuado entre pessoas que decidem se obrigar mutuamente a fim de juntar seus esforços para realização de objetivos comuns. Além disso, para constituir uma sociedade regular, o contrato da sociedade deve ser registrado por escrito em um cartório ou junta comercial. Portanto, uma sociedade de fato seria aquela que existe de fato, mas que não realizou o devido registro constitutivo do contrato escrito.

entendimento de que a união entre pessoas do mesmo sexo poderia ser enquadrada como “sociedade de fato”, o tribunal enfatizou que a relação de pessoas do mesmo sexo não configurava comunhão de vida e não poderia ser protegida pelo direito de família. Para o tribunal, o efeito jurídico dessas relações era de caráter puramente patrimonial e, desse modo, elas estavam tuteladas apenas pelo direito das obrigações. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª. Turma. Recurso Especial nº 148.897/MG. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. 10 de fevereiro de 1998).

Foi apenas no ocaso do século XX, no ano de 1999, que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) reconheceu, de modo pioneiro, a competência das varas de família para julgamento de separação de sociedade de fato de casais do mesmo sexo, ao argumento de se tratar de “situações que envolvem relações de afeto” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 8ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento 599075496. Relator Breno Moreira Mussi. 17 de dezembro de 1999). Esse entendimento de que a competência para julgar questões que envolvem uniões homossexuais é das Varas de Família abria caminho para o reconhecimento dessas relações como união estável, tutelada, portanto, pelo direito de família (VECCHIATTI, 2019, p. 9-10).

Pouco depois, no ano de 2001, o judiciário brasileiro reconheceu pela primeira vez a união estável de dois homens gays¹⁸⁵. A decisão foi proferida pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O relator do processo, desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, argumentou que não se poderia mais permitir “o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas”. Aplicando a analogia e os princípios gerais do direito, em especial os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade, o relator votou para que se reconhecesse os efeitos jurídicos da união estável à relação homoafetiva (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70001388982. Rel. José Carlos Teixeira Giorgis. 13 de março de 2001).

Porém, em duas decisões, uma de 2004 e outra de 2005, o STJ afastou esse entendimento, recusando tanto a competência das varas de família para questões envolvendo relações entre pessoas do mesmo sexo, quanto o seu status de união estável. Em uma das

¹⁸⁵ Antes, porém, a união estável de pessoas do mesmo sexo foi reconhecida para fins previdenciário no ano 2000. A Instrução Normativa n. 25/2000 do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) estabeleceu, por força de decisão judicial, “os procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual”.

decisões, o ministro Barros Monteiro afirmou que o relacionamento entre duas mulheres lésbicas não poderia ser considerado “uma união estável, [o] que atrairia – aí sim – a competência do Juízo de Família”. Argumentando que a Constituição Federal só reconheceria como entidade familiar aquela estabelecida por um homem e uma mulher, a união de pessoas do mesmo sexo só poderia ser tratada como sociedade de fato para fins de regulação das obrigações de ordem patrimonial (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial 323.370 RS 2001/0056835-9. Relator Ministro Barros Monteiro. 14 de dezembro de 2004). Alguns meses depois, em outra decisão, o ministro Fernando Gonçalves confirmou o entendimento de que a competência para a dissolução da relação entre homossexuais é a vara civil e não a vara de família. O argumento utilizado foi o de que “a primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos”. Para o magistrado, “a união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável”, podendo apenas “configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial 502.995 RN 2002/0174503-5. Relator Ministro Fernando Gonçalves. 26 de abril de 2005).

O obstáculo jurídico recorrentemente levantado por doutrinadores e juízes para o reconhecimento da união estável e do casamento de pessoas LGBT+ estava no fato de dois dispositivos legais, o art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988 e o art. 1.723 do Código Civil de 2002, fazerem menção expressa à entidade familiar constituída pela convivência de homem e mulher. O art. 226, § 3º da Constituição Federal tem a seguinte redação: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. E, nos termos do art. 1.723 do Código civil, “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

O problema é que uma leitura restritiva e literal desses dispositivos implicava em afronta a preceitos fundamentais da Constituição como os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação (art. 3º, inciso IV), da igualdade (art. 5º) e da liberdade (art. 5º), regras que estão hierarquicamente acima do art. 226 da Constituição e do art. 1.723 do Código Civil. Por essa razão, o STF, provocado pelo Governador do Estado do Rio de

Janeiro em 2008 (ADPF 132) e pela Procuradoria Geral da República em 2009 (ADI 4.277), impôs a interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil e o entendimento de que a expressão “homem e mulher” do art. 226, § 3º da Constituição não é taxativa, não podendo excluir a união de pessoas do mesmo sexo.

Em síntese, o STF entendeu que: 1) a Constituição Federal não faz uso restritivo da expressão família, não limitando sua formação a casais heterossexuais; 2) a referência à dualidade homem/mulher no §3º do art. 226 da Constituição deve ser entendida como uma proteção especial à mulher, uma afirmação da igualdade de gênero nas relações domésticas, “um reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros” e não como a fixação de um sentido ortodoxo e reducionista de família; 3) não havendo qualquer proibição constitucional ou legal para a formação de família por pessoas do mesmo sexo e em vista do direito constitucional à igualdade e a não discriminação, deve-se reconhecer a isonomia entre casais heterossexuais e casais homossexuais a fim de garantir o igual direito subjetivo à formação de família; 4) o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos direitos fundamentais à liberdade individual (autonomia da vontade), à intimidade e à vida privada impõem o reconhecimento do “direito à liberdade sexual” ou da liberdade para dispor da própria sexualidade, o que também repercute no direito a formação de família; 5) o art. 1.723 do Código Civil deve ser interpretado conforme a Constituição, excluindo dele “qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família”¹⁸⁶ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 e ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto, j. 5-5-2011, P, DJE de 14-10-2011).

A partir desses argumentos, o STF determinou que o art. 1.723 do Código Civil e todas as regras referentes à união estável fossem também aplicadas à união estável constituída entre indivíduos do

¹⁸⁶ Vale transcrever aqui dois trechos do voto do Ministro Celso de Melo que resumem bem a decisão do STF: “A qualificação da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que presentes, quanto a ela, os mesmos requisitos inerentes à união estável constituída por pessoas de gêneros distintos, representará o reconhecimento de que as conjugalidades homoafetivas, por repousarem a sua existência em vínculos de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, não de merecer o integral amparo do Estado, que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais”. “Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 e ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto, Voto do Ministro Celso de Melo, j. 5-5-2011, P, DJE de 14-10-2011).

mesmo sexo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 e ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto, j. 5-5-2011, P, DJE de 14-10-2011). Trata-se, vale dizer, de decisão com eficácia erga omnes e efeito vinculante, isto é, ela vale para todas as pessoas e se impõe a todas as instâncias do poder judiciário. Ficando, portanto, reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro o direito de pessoas homossexuais de constituírem família através da união estável.

Em relação ao direito ao casamento de pessoas do mesmo sexo, embora essa decisão do STF não tenha feito qualquer menção explícita a ele, esse foi um de seus efeitos práticos. Isto porque o artigo 1.726 do Código Civil estabelece que “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”. Desse modo, reconhecida a união estável de pessoas do mesmo sexo, ela poderia ser, então, convertida em casamento. Porém, a conversão da união estável homoafetiva em casamento continuou a ser recusada por alguns oficiais de cartórios, muitas vezes com a chancela do Ministério Público e do próprio judiciário.

Foi nesse contexto que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, fixou a Resolução n. 175 de 14 de maio de 2013, proibindo em seu art. 1º “a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo”. Essa resolução garantiu de modo incontroverso no Brasil o direito de pessoas LGBT+ de constituírem família através do casamento.

Mas, o que significa, afinal, para pessoas LGBT+ o direito de constituir família através do casamento ou da união estável? No Brasil, que direitos tem uma família composta por cônjuges ou companheiros LGBT+?

O casamento é o principal instrumento jurídico de formação de família no Brasil (Constituição Federal, art. 226, § 1º e Código Civil, art. 1.512). Ele é um direito tão importante que o Código Civil regula em detalhes quem pode se casar, com quem se pode casar, os procedimentos de habilitação e celebração, além dos direitos e deveres dos cônjuges, com várias repercussões para a renda, o patrimônio e a herança de ambos. Ele é um instituto jurídico que produz a alteração do estado civil da pessoa, tornando público o fato de se estar em um vínculo conjugal.

O atual Código Civil brasileiro¹⁸⁷ define o casamento como a “comunhão plena de vida” baseada “na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (Código Civil, art. 1.511). Enquanto contrato jurídico,

¹⁸⁷ O atual Código Civil brasileiro foi instituído pela Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

ele é a manifestação de vontade pelo qual as partes, os cônjuges, comprometem-se a constituir uma sociedade conjugal. Enquanto vínculo conjugal ou entidade familiar, o casamento não só institui um novo estado civil para os cônjuges (que é eminentemente público), como constitui uma relação privada regida por uma série de deveres legais como o de fidelidade, respeito, sustento e cuidado mútuos (Código Civil, art. 1.566).

Com o casamento, os cônjuges assumem perante a sociedade e o direito “a condição de consorte, companheiros e responsáveis pelos encargos da família” (Código Civil, art. 1.565). Eles ou elas assumem responsabilidades de ordem econômica e patrimonial comuns, ficando obrigados/as a colaborar, na proporção de seus bens e renda, para o sustento um do outro, ou uma da outra, e dos/as filhos/as, a despeito do regime de partilha de bens escolhido no momento do casamento (Código Civil, art. 1.568). Nos termos da lei, “são deveres de ambos os cônjuges: I) fidelidade recíproca; II) vida em comum, no domicílio conjugal; III) mútua assistência; IV) sustento, guarda e educação dos filhos; V) respeito e consideração mútuos” (Código Civil, art. 1.566).

Vale observar que muitos dos elementos típicos do casamento civil, embora apresentados de modo geral e abstrato pela lei, estão constituídos e são interpretados a luz de um modelo familiar heterossexual. Com isso, o direito brasileiro ainda não conseguiu produzir sentidos e proteções adequados para relações de comunhão de vida baseadas em esquemas poliafetivos ou sem exclusividade sexual. Arranjos familiares com mais de dois cônjuges ou relacionamentos abertos estão fora da reflexão doutrinária hegemônica e das proteções legais e jurisprudenciais, embora eles existam e gerem, muitas vezes, relações de dependência e comunhão de vida.

De todo modo, é importante ressaltar que o casamento e a família recebem especial proteção do Direito e do Estado (Constituição Federal, art. 226). O Código Civil proíbe qualquer interferência externa no direito dos cônjuges de dirigirem de modo livre e em pé de igualdade a sociedade conjugal e o planejamento familiar. Nem o Estado, nem qualquer instituição privada podem agir ou estabelecer regras que se imiscuam nas decisões do casal e na organização da vida comum (Código Civil, art. 1.513, 1.565 e 1.567). Evidentemente, o direito de livre condução das questões familiares não é um direito absoluto. Ele está limitado pelos direitos e liberdades individuais de cada cônjuge e dos/as filhos/as. A legislação brasileira protege de modo especial o direito de crianças e adolescentes (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/1990) e a violência doméstica

e familiar contra a mulher (Lei Maria da Penha, Lei n. 11.340/2006), não podendo a família constituir um espaço de poderes arbitrários e da violência.

Por fim, para além do casamento, o direito brasileiro reconhece a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes como entidades familiares (Constituição Federal, art. 226).

Nos termos do Código Civil, a união estável é a entidade familiar formada por duas pessoas¹⁸⁸ e caracterizada pela “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (art. 1.723). A rigor, o que distingue a união estável do casamento é que ela não exige nenhuma formalidade para existir e ser reconhecida juridicamente. Basta que se comprove a convivência pública, isto é, que a relação seja conhecida de amigos, familiares e pessoas do entorno dos companheiros, que ela seja contínua, sem interrupções constantes, que ela seja duradoura e que haja um intuito implícito nas ações ou explícito nas afirmações dos companheiros/as de comunhão de vida. Como não há na legislação brasileira nenhuma fixação de um tempo mínimo, a duração é normalmente considerada caso a caso em conjunção com os demais elementos¹⁸⁹. Além disso, enquanto o casamento produz uma alteração no próprio registro civil de cada cônjuge e pode ser facilmente comprovado com a certidão emitida pelo cartório, a comprovação da união estável depende da demonstração dos elementos indicados acima ou da celebração de contrato firmado pelos/as companheiros/as.

De resto, os direitos e deveres que regem a família, o regime de bens e a sucessão (a herança) são os mesmos para cônjuges casados e companheiros/as em união estável¹⁹⁰. Havia até 2017 uma diferença em relação a sucessão de cônjuges e companheiros que foi declarada inconstitucional pelo STF, o que equiparou os direitos sucessórios do casamento e da união estável¹⁹¹.

188 Embora a Constituição e o Código Civil ainda tragam em seus dispositivos sobre união estável a expressão homem e mulher (não houve ainda qualquer alteração no texto legal), a jurisprudência do STF impôs que a leitura desses dispositivos seja feita de modo a incluir a união de homem e homem ou de mulher e mulher.

189 Antes do Código Civil de 2002, exigia-se para o reconhecimento da união estável a convivência por mais de cinco anos ou a existência de filhos comuns (Lei n. 8.971/94).

190 Vale chamar atenção para a diferença de nomenclatura utilizada pela lei, doutrina e jurisprudência: cônjuge para casados e companheiros para casais em união estável.

191 Em decisão de 10 de maio de 2017, no Recurso Extraordinário n. 878.694, o STF fixou a seguinte tese: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002” (BRASIL, STF. RE n. 878.694. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DJ 10 maio 2017).

Portanto, a partir da decisão do STF de 2011 na ADI 4.277 e na ADPF 132 e da portaria n. 175 do CNJ de 2013, todas as regras referentes ao casamento e à união estável estabelecidas pela Constituição Federal e pelo Código Civil passaram a valer expressamente para as relações afetivas de pessoas do mesmo sexo. Com isso, o direito de família brasileiro foi finalmente reconhecido como um direito também de pessoas LGBT+.