

Pode casar? Análise legislativa do casamento homoafetivo no Brasil

Can you get married? Legislative analysis of same-sex marriage in Brazil

DOI: 10.55905/rcssv12n5-012

Received on: August 21st, 2023

Accepted on: September 20th, 2023

Pedro Citó de Souza

Especialista em Direito Público e Direito Privado

Instituição: Faculdade Uninta Tianguá

Endereço: Rua Conselheiro João Lourenço, 406, Centro, Tianguá - Ceará

E-mail: citopedro@hotmail.com

Lucas de Souza

Mestre em Administração de Empresas

Instituição: Centro Universitário Fametro

Endereço: Rua Carneiro da Cunha, 180, Jacarecanga, Fortaleza - Ceará

E-mail: lucasdesouza.adm@gmail.com

RESUMO

Atualmente o casamento entre pessoas do mesmo gênero não possui nenhum *status* legal no ordenamento jurídico, sendo apenas uma garantia diante de resolução com efeitos vinculantes sobre os poderes executivo e judiciário. Isso acarreta uma fragilidade do direito diante da possibilidade de alteração não só judicial, como também legislativa, o que é um pouco mais difícil, mas que precisa ser conseguida. Diante da realidade legal de que o casamento possui uma natureza jurídica contratual na qual os contratantes são obrigatoriamente um homem e uma mulher, bem como da realidade normativa infralegal, segundo o Conselho Nacional de Justiça, de que o casamento pode ser realizado entre duas pessoas do mesmo gênero, este trabalho busca a explicação da real situação jurídica do casamento homoafetivo, além da explicitação do que pode e precisa ser melhorado para que se consiga uma real proteção estatal dos direitos de família de pessoas do mesmo sexo. Ao final, conclui-se com o estudo que há uma necessária mudança no ordenamento brasileiro de forma que seja inserido o casamento homoafetivo no campo legal da hierarquia normativa, cujo procedimento é explicado e comparado na estrutura deste trabalho.

Palavras-chave: casamento homoafetivo, legalidade do casamento homoafetivo, direito de família, conselho nacional de justiça.

ABSTRACT

Nowadays same-sex marriage has no legal status in the legal system, being only a guarantee from a resolution with binding effects on the executive and judiciary branches. This leads to a weakness in law because of the possibility of both legal and legislative changes, which is a little more difficult, but that needs to be achieved. Given the legal reality that marriage has a contractual nature in which the contractors are necessarily a man and a woman, but also because of real normative regulations, according to the

National Council of Justice, stating that marriage can be celebrated between same-sex couples, this work searches for the explanation of the actual legal status of same-sex marriage, as well as of what can and should be done so that families formed by people of the same gender are provided with real state protection of family rights. Finally, can be concluded with the study that there is a necessary change in the Brazilian legal system so that it is entering the same-sex marriage in the legal field of legal hierarchy., whose procedure is explained and compared in the structure of this work.

Keywords: same-sex marriage, legality of same-sex marriage, family law, national council of justice.

1 INTRODUÇÃO

O casamento civil no Brasil é regulamentado pela lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 que institui o Código Civil, código este que, em relação a casamento, trata de diversos assuntos, como o patrimônio dos nubentes, o pacto antenupcial, além dos regimes de bens previstos na legislação brasileira, como explica Tartuce (2015).

Desta feita, nas disposições gerais do subtítulo do casamento, em seu artigo 1.514, a lei determina que o casamento é realizado pela manifestação de vontade de um homem e uma mulher diante de um juiz, excluindo assim qualquer possibilidade literal de regulamentação das relações homoafetivas. Mas como o casamento entre pessoas do mesmo sexo passou a ser regulamentado no Brasil? Qual a situação atual do casamento homoafetivo?

Diante do contexto apresentado e das indagações feitas, o presente trabalho pretende expor a realidade normativa do casamento entre pessoas do mesmo gênero no Brasil com o objetivo de mostrar a real condição de existência dessa modalidade do contrato e conscientizar os interessados de uma necessidade de busca pela alteração do estado atual do casamento dentro do ordenamento brasileiro.

A regulamentação foi possível através do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que prevê em seu regimento interno a edição de resoluções que terão efeito vinculante sobre o Poder Executivo e Legislativo, além da administração pública direta e indireta. Diante disso, o casamento entre pessoas do mesmo sexo está inserido dentro de uma condição de existência judicial, mas não legal.

Primordialmente já é possível notar que os casamentos estão garantidos por instrumentos diferentes, mas suas distinções não se resumem às suas figuras instituidoras. Uma dessas figuras garante de forma mais contundente o direito ao casamento e este

trabalho visa esclarecer a necessidade da busca de uma regulamentação legal do casamento homoafetivo.

É neste contexto comparativo que este estudo pretende mostrar os procedimentos atual e ideal para que se tenha garantido de forma mais segura o casamento entre pessoas do mesmo gênero no ordenamento brasileiro.

2 METODOLOGIA

Este trabalho foi desenvolvido a partir de uma pesquisa bibliográfica do assunto baseada na leitura de textos e documentos, tanto doutrinários quanto normativo-legais sobre a temática, como a Resolução nº 175 editada pelo Conselho Nacional de Justiça e o Código Civil de 2002.

Foi utilizado o método comparativo com a abordagem de forma mais detalhada possível dos dois procedimentos que estão relacionados ao tema em análise. Primeiramente será analisado o procedimento de edição de resoluções de acordo com o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça com posterior explicação do processo legislativo alterador do Código Civil previsto na Constituição Federal de 1988.

Durante o texto foram comparados os procedimentos de forma que mostre qual dos processos trará mais garantia jurídica ao casamento homoafetivo.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

O casamento homoafetivo no Brasil foi garantido pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por meio de sua Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013, tendo como um dos fundamentos um julgamento do Supremo Tribunal Federal – STF por meio da votação de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica – ADI, procedimento previsto pela Constituição Federal de 1988.

De acordo com o Regimento Interno do CNJ (2009), as resoluções são atos normativos editados pelo mesmo conselho. No entanto, por força do parágrafo 5º do artigo 102 do mesmo regimento, as resoluções possuem força vinculante após sua publicação.

O conceito de força vinculante é previsto na Constituição Federal, em sede de controles de constitucionalidade, podendo ser aplicado neste sentido, e ocorre, de acordo com Moraes (2015, p. 792) “em relação a todos os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, que deverão pautar o exercício de suas funções”.

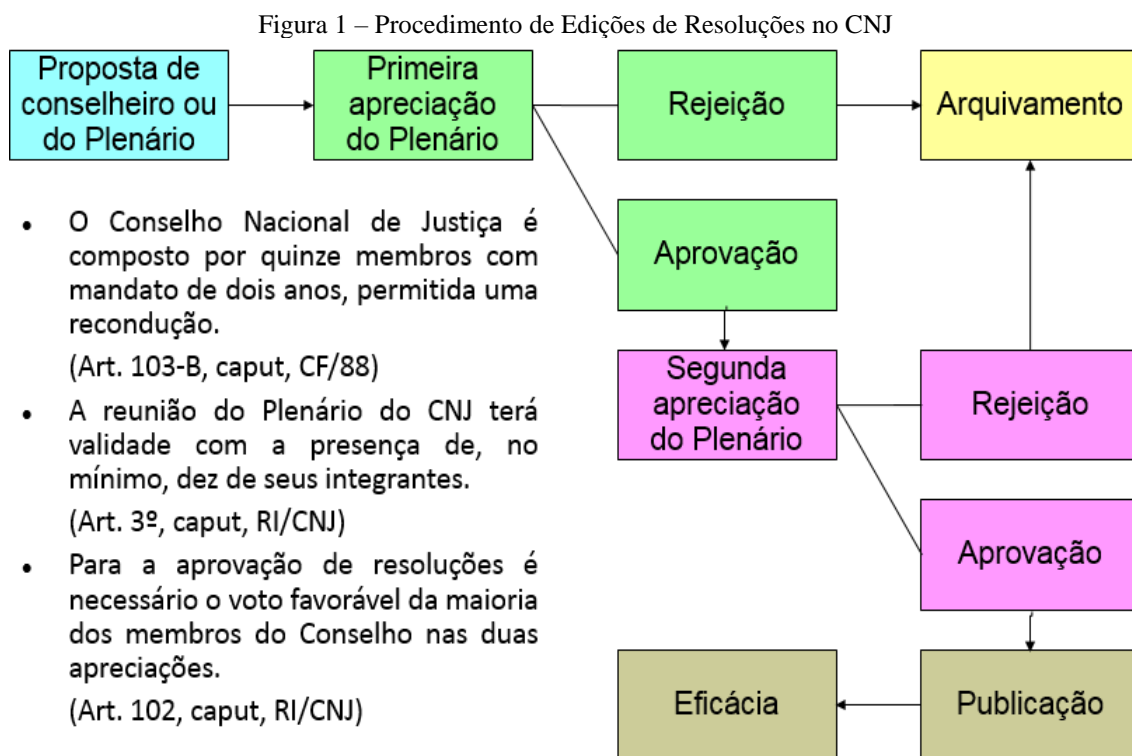
O procedimento de edição de resoluções pelo CNJ é todo previsto também pelo regimento interno e diante da natureza de ato normativo infralegal, seu processo é demasiadamente simples e começa por proposta de qualquer dos conselheiros, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 102:

§ 1º A edição de ato normativo ou regulamento poderá ser proposta por Conselheiro ou resultar de decisão do Plenário quando apreciar qualquer matéria; ainda, quando o pedido seja considerado improcedente, podendo ser realizada audiência pública ou consulta pública.

Pelo texto do parágrafo 2º do mesmo artigo infere-se que, após a proposta, a edição será decidida pelo Plenário do conselho e a análise da redação será apreciada em outra seção, salvo se houver urgência comprovada no assunto. Destaca-se ainda que, de acordo com o artigo 2º, também do regimento do Conselho, as sessões plenárias deverão ser iniciadas com o quórum mínimo de dez integrantes.

Por fim, o parágrafo 3º do artigo 102 prevê a possibilidade de audiência ou consulta pública, por prazo não superior a trinta dias, a critério do relator ou do próprio Plenário.

A fim de facilitar o entendimento do processo de edição das resoluções no Conselho Nacional de Justiça, evidencia-se a Figura 1 a seguir.



Fonte: Elaborada pelos autores (2018).

Analisando a imagem, é possível notar um procedimento com basicamente quatro fases, sendo a primeira a apresentação do projeto de resolução sobre determinado assunto, seguida de duas fases de votação pelo plenário do Conselho, terminando com o ato estritamente formal de publicação, o que gerará a eficácia da norma editada.

É válido salientar ainda que o Conselho Nacional de Justiça é composto por apenas 15 membros, os quais possuem mandatos de dois anos, sendo admitida uma recondução, de acordo com o artigo 103-B da Constituição Federal, o que naturalmente já demonstra certa fragilidade do instituto do casamento homoafetivo diante da rotatividade de membros. Tal fragilidade poderia ser extinguida por meio de uma alteração legal no Código Civil, por meio de processo legislativo a ser apresentado a seguir.

O Código Civil Brasileiro de 2002 é classificado no ordenamento brasileiro como lei ordinária, ou seja, é um instrumento normativo abaixo da constituição, esta que prevê todo o processo legislativo. É uma lei federal, portanto tem vigência em todo o território brasileiro e é de cumprimento obrigatório por todos, além da administração direta, indireta autárquica e fundacional.

O processo legislativo está previsto na Seção VIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e estipula o procedimento de criação de leis a partir do seu artigo 61, interessando mais ao assunto o processo legislativo ordinário, em virtude da classificação legal supracitada, que é dividido nas suas fases introdutória, constitutiva e complementar.

A primeira fase é caracterizada pela iniciativa da proposta do projeto de lei. O projeto pode ser apresentado por parlamentares ou extraparlamentares, de acordo com o artigo 61 da Constituição:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

É importante destacar a iniciativa por cidadãos, mais conhecida como iniciativa popular, pois é por meio dela que a população pode, de alguma forma, tentar melhorar a atual situação do casamento homoafetivo, pois é um instrumento direto do exercício de soberania popular, instituída na própria constituição, em seu artigo 14, inciso III. De acordo com a explicação de Moraes (2015, p. 681), a iniciativa popular de lei

Poderá ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos em cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

A fase constitutiva do processo legislativo é caracterizada principalmente pela deliberação parlamentar do projeto de lei. O projeto de lei será enviado às comissões da casa iniciadora, Câmara dos Deputados ou Senado Federal, dependendo da competência estipulada na Constituição, onde serão analisadas as constitucionalidades formal e material. As Comissões de Constituição e Justiça farão a análise e poderão ainda, de acordo com o regimento interno da casa, votar o projeto de lei sem que seja necessário o envio para do voto pelo plenário. Explica Moraes (2015) que o projeto será enviado a plenário quando necessário após recurso de um décimo dos membros da casa para que a votação ocorra no plenário e não nas Comissões respectivas comissões.

Complementa ainda o autor que a aprovação do projeto se dará por maioria simples, ou seja, o número de votos deverá ser no mínimo maior que a metade de deputados ou senadores presentes na seção de votação. É importante lembrar ainda que o quórum de abertura da seção será igual ao primeiro número inteiro maior que a metade do número de parlamentares da casa votante, de acordo com o artigo 47 da Constituição Federal.

Ainda de acordo com Moraes (2015), após a aprovação do projeto na casa iniciadora, este deverá ser enviado à outra casa do Congresso Nacional, denominada casa revisora, para que se proceda o mesmo procedimento descrito anteriormente. Após a segunda votação e aprovação também na casa revisora, o projeto de lei deve ser enviado ao Presidente da República, chefe do Poder Executivo para que seja feita a deliberação executiva por meio da sanção.

No entanto, o Presidente pode, mediante justificativa, vetar o projeto de lei baseado em aspectos formais e materiais, classificando o veto como jurídico ou político, conforme explica Motta Filho (2016, p.715):

Veto jurídico – ocorre quando o fundamento exposto pelo Presidente da República nas razões do veto repousa em problemas de inconstitucionalidade; é dizer, o Presidente considera o projeto inconstitucional, e eis a razão de seu veto.

[...]

Veto político – o fundamento do veto liga-se a razões de conveniência e oportunidade (critérios extrajurídicos); o Presidente da República considera o projeto contrário ao interesse público, ainda que não maculado por inconstitucionalidades.

É de se salientar que o veto deve ocorrer no prazo de quinze dias após o recebimento do projeto de lei pelo Presidente da República e haver comunicação ao Presidente do Senado Federal no prazo de 48 horas.

Ainda nesse sentido, é importante destacar que, independentemente da classificação do veto, este possui algumas características que devem estar obrigatoriamente presentes.

De acordo com Motta Filho, (2016), o veto deve ser expresso por simplesmente necessitar de uma manifestação. Havendo silêncio pelo prazo de quinze dias, o projeto de lei é sancionado, conforme o parágrafo 3º do artigo 66 da Carta Magna.

Ainda nessa perspectiva, considera-se como característica a formalidade do veto diante da necessária escritura da decisão.

A terceira característica é a motivação do veto, que surge, de acordo com o autor, em razão da necessária remessa do veto ao Presidente do Senado Federal.

O próximo atributo demonstrado é o fato de o veto ser superável, significando que não se encerra imediatamente a possibilidade de análise pelo Poder Legislativo das matérias vetadas. Tal análise pode ensejar a derrubada do veto e posterior transformação do projeto em lei.

Em seguida, é apresentada pelo autor a supressividade, que caracteriza a impossibilidade de adição de qualquer conteúdo ao projeto de lei previamente vetado.

Por fim, a última característica do veto apresentada por Motta Filho (2016) é a sua irretratabilidade. Ou seja, o Presidente da República não poderá desistir do veto já manifestado.

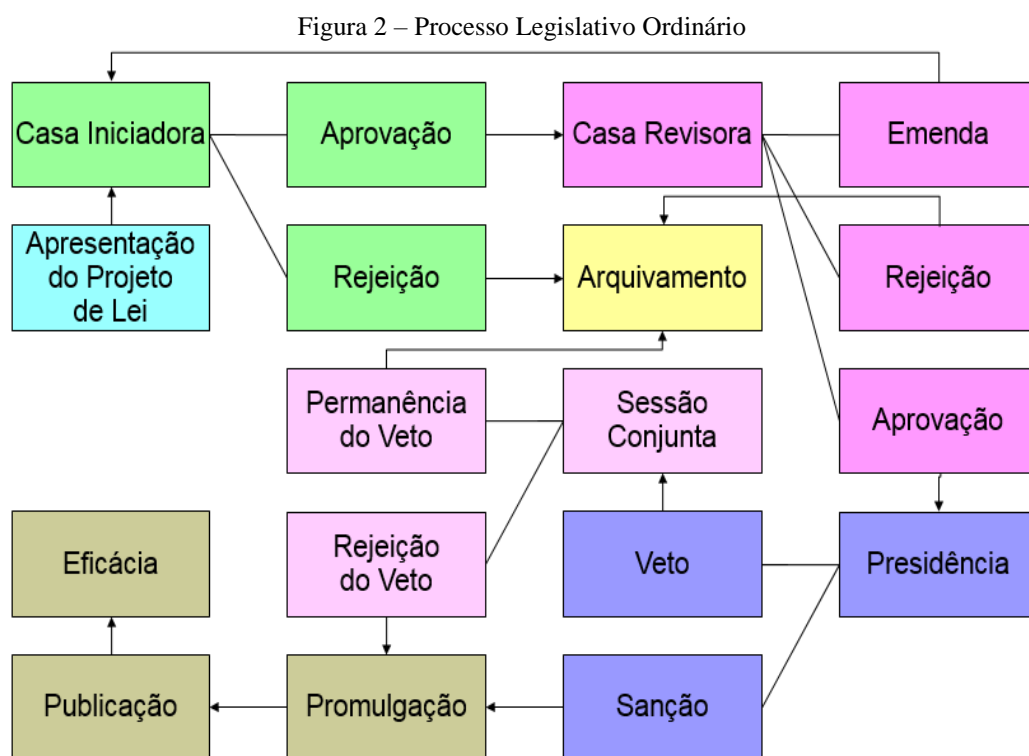
Retornando especificamente ao procedimento do veto, Motta Filho (2016) explica que após comunicação do veto ao Presidente do Senado, as matérias vetadas pelo Presidente da República serão analisadas pelo Congresso Nacional, em sessão bicameral, podendo o veto ser afastado por votação da maioria absoluta dos membros de cada casa legislativa.

Finalmente, iniciando a fase complementar do processo legislativo, após a sanção ou derrubada do veto, deve haver a promulgação e a publicação da lei, procedimentos necessários, como bem explica Mello Filho (1986 apud MORAES, 2015, p. 690):

A obrigatoriedade da lei decorre de sua publicação. O ato promulgatório confere à lei certeza quanto à sua existência e autenticidade. Dele também emana a presunção *juris tantum* (relativa) de constitucionalidade da lei promulgada.

Assim, após a publicação, processo legislativo é encerrado, transformando o projeto de lei em lei propriamente dita com todas as suas consequências de obrigatoriedade.

A seguir, é apresentado em imagem todo o processo legislativo, abrangendo ainda a possibilidade de rejeição por qualquer das casas ou de veto pelo Presidente.



Fonte: Elaborada pelos autores (2018).

Analisando a conjuntura do processo legislativo ordinário, este é composto por cinco fases obrigatórias, sendo a fase a ser realizada em sessão conjunta necessária exclusivamente em caso de veto pelo Presidente da República.

A fase em sessão conjunta deve ser realizada pelo Congresso Nacional, composto tanto pela Câmara dos Deputados quanto pelo Senado Federal, nos termos do parágrafo 4º do artigo 66, também da Constituição.

§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores.

Por fim, resta a última observação sobre o Arquivamento. O projeto de lei é arquivado quando o projeto é rejeitado em qualquer das votações ou o veto seja aprovado pela sessão conjunta do Congresso. No entanto, faticamente, quando um projeto de lei é

arquivado, isto significa que aquela matéria não poderá ser mais objeto de análise na mesma sessão legislativa, que corresponde àquele ano do arquivamento, nos termos do parágrafo 5º do artigo 60 da Constituição Federal

4 CONCLUSÃO

Diante da apresentação do procedimento de criação de leis ordinárias, previsto na Constituição Federal de 1988, e de edição de resoluções de acordo com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o qual vem garantindo de forma veemente a realização de casamentos entre pessoas do mesmo gênero, é possível inferir duas situações.

Primeiramente, a ausência de segurança jurídica, prevista constitucionalmente através do princípio implícito constante no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal. A literalidade do inciso faz remissão ao Princípio da Irretroatividade das Leis, o qual é intrinsecamente ligado ao Princípio da Segurança Jurídica, conforme leciona Motta Filho (2016, p. 266):

O dispositivo tem por finalidade conferir um mínimo de proteção às relações jurídicas já estabilizadas, frente às eventuais alterações legislativas que poderiam sobre elas incidir, sendo os três institutos elencados emanações do princípio da segurança jurídica.

A ausência de segurança jurídica da atual norma em vigor pode ser comprovada pela facilidade de alteração de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça, se comparada minimamente a quantidade de votos para aprovação, frente ao processo legislativo ordinário de uma lei, como demonstrando o Quadro 1, evidenciado a seguir.

Quadro 1 – Comparativo de quóruns

	Processo Legislativo Ordinário		Edição de Resoluções
	Câmara dos Deputados	Senado Federal	Conselho Nacional de Justiça
Membros	513	81	15
Quórum de abertura de sessão	Maioria dos Membros (≥257)	Maioria dos Membros (≥41)	Quantidade determinada pelo RI/CNJ (≥10)
Quórum de aprovação	Maioria dos Presentes (≥129)	Maioria dos Presentes (≥21)	Maioria dos Membros (≥8)

Fonte: Elaborado pelos autores (2018).

Constata-se com o quadro uma considerável quantidade de votos necessários para que se consiga garantir legalmente um direito. Comparando a soma de votos nas duas votações de ambos os procedimentos, nota-se uma discrepância entre as edições de uma resolução e de uma lei ordinária de, no mínimo, 134 votos.

A segunda situação inferida da comparação dos processos legislativos é o caminho ainda necessário para a garantia da segurança jurídica almejada. Assim, seria preciso uma busca incessante pela comunidade LGBTQ+ – gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e demais orientações e gêneros auto identificados – na busca da alteração do Código Civil que visasse a inserção do casamento homoafetivo.

Nesse sentido, já há em tramitação na Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 5.120 de 2013 que busca alterar os artigos do Código Civil que tratem de casamento e união estável de forma que essas duas figuras abranjam também as relações entre pessoas do mesmo sexo.

Atualmente, o projeto de lei supracitado encontra-se na Comissão de Previdência, Assistência Social, Infância, Adolescência e Família para pronunciamento, tendo sido apensado recentemente ao projeto de lei nº 4.004 de 2021, o qual objetiva a alteração da declaração formalizada pelo presidente da cerimônia de casamento com o fito de assegurar o tratamento igualitário entre os casais.

Vale ressaltar que o projeto 5.120 já estava apensado ao projeto nº 580 de 2007, de autoria do ex-deputado Clodovil Hernandes, o qual aborda a criação de um contrato entre os parceiros homoafetivos estritamente de natureza patrimonial, não sendo considerado, portanto, uma espécie de casamento.

Todos os projetos, 580/2007, 5.120/2013 e 4.044/2021, estão desarquivados na Câmara dos Deputados e, de acordo com as movimentações do próprio sítio da Câmara, estando os projetos nº 580/2007 e 4.004/2021 também na Comissão de Previdência, Assistência Social, Infância, Adolescência e Família.

Já no Senado Federal, está em tramitação o projeto de lei nº 612/2011, de autoria da Senadora Marta Suplicy, que versa especificamente sobre o casamento homoafetivo e encontra-se arquivado desde 20 de dezembro de 2018 em virtude do final da legislatura, tendo sido inserido na sessão deliberativa de 14 de dezembro de 2017, mas não houve apreciação da matéria.

A caminhada a ser conseguida pela comunidade LGBTQ+ ainda é grande, mas ainda maior é a sua necessidade diante da fragilidade que se encontra atualmente o casamento homoafetivo diante da falta de uma regulamentação legal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 set. 2023.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: DF, Senado, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 06 set. 2023.

_____. **Projeto de Lei nº 4004/2021** (da Câmara dos Deputados). Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) para modificar os termos da declaração feita pela presidência da cerimônia de casamento para celebração do casamento civil, assegurando o tratamento igual entre casais. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2306938>>. Acesso em: 06 set. 2023.

_____. **Projeto de Lei nº 580/2007** (da Câmara dos Deputados). Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=346155>>. Acesso em: 06 set. 2023.

_____. **Projeto de Lei nº 612/2011** (do Senado Federal). Altera os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>>. Acesso em: 06 set. 2023.

_____. **Projeto de Lei nº 5.120/2013** (da Câmara dos Deputados). 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: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567021>>. Acesso em: 06 set. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 67**, de 3 de março de 2009. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. Brasília: DF, CNJ, 2009. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/publico/biblioteca/RES%20067-2009%20alt.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2023.

_____. **Resolução nº 175**, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão da união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Brasília: DF, CNJ, 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf>. Acesso em: 06 set. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 26ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil v. 5: direito de família**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.