

Simão Baran Junior

**RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS
RELAÇÕES HOMOAFETIVAS**

Curitiba
2005

Simão Baran Junior

RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do Curso de Direito do Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná.

Orientador: Luiz Edson Fachin

M
621
ru

Curitiba
2005


Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas

por


Simão Baran Junior

Monografia aprovada como requisito
parcial à conclusão do Curso de Direito do
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.

Orientador:



Prof.. Luiz Edson Fachin



Prof.. Paulo Roberto Ribeiro Nalin



Prof. Ana Carla H. Matos

Curitiba, 13 de outubro de 2005

RESUMO

O presente trabalho pretende trabalhar um tema de pouca aceitação no meio jurídico. Trata-se de saber qual o tratamento jurídico que deve ser conferido às pessoas que vivem em união afetiva com outra pessoa do mesmo sexo. Questões relativas a sexualidade geralmente são abordadas a partir de uma visão preconceituosa, o que dificulta a compreensão do tema. Assim será feita uma análise dos diversos tratamentos dispensados às uniões homoafetivas pelo Direito. Começando pela repressão do Direito Penal, até chegarmos ao estágio atual, onde se ventila a possibilidade de que dessas uniões haja consequências jurídicas, principalmente no campo patrimonial. Trabalha-se também com a ideia de inclusão desses relacionamentos na seara do Direito de Família, o que significaria verdadeira revolução. Na sequência, é feito estudo dentro do Direito de Família, analisando-se as mudanças por que passou, de modo a permitir a inclusão da homoafetividade nas relações familiares. O trabalho debruçou-se no estudo da recente doutrina e jurisprudência sobre o tema, não faltando posições divergentes, as quais só enriquecem o debate. Do estudo feito resulta que é possível chegar a entendimento no qual se incluem os relacionamentos homoafetivos dentro do Direito de Família, através de acurada análise do direito positivo, em especial atenção às normas da Constituição de 1988. O tema é ainda recente, mas pode-se adiantar que a tendência verificada nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo é favorável a hipótese aqui ventilada. É o que se espera que ocorra também no Brasil e o escopo deste trabalho.

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO	II
RESUMO	III
SUMÁRIO	IV
INTRODUÇÃO	2
1.ENQUADRAMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS	5
1.1 DIREITO PENAL	6
1.2 DIREITO DAS OBRIGAÇÕES	9
1.2.1 A SOCIEDADE DE FATO	10
1.2.2 O PROJETO DE LEI	12
1.3 DIREITO DE FAMÍLIA	14
1.3.1 CASAMENTO	16
1.3.2 UNIÃO ESTÁVEL	19
2. TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DE FAMÍLIA	23
2.1 A FAMÍLIA DO CÓDIGO DE 1916	23
2.2 RUMO A UMA NOVA FAMÍLIA	27
2.3 A FAMÍLIA EUDEMONISTA	29
2.4 PLURALIDADE FAMILIAR	32
2.5 UNIÃO HOMOAFETIVA COM ENTIDADE FAMILIAR	35
3. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	41
3.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	41
3.2 LIBERDADE E IGUALDADE	44
CONCLUSÃO	47
BIBLIOGRAFIA	51
ANEXO	57

Introdução

Entramos no século XXI com imensos desafios práticos a serem resolvidos pelos juristas. Um dos mais inquietantes e controversos se passa na seara do Direito de Família, mais especificamente, é saber qual o tratamento jurídico que deve ser dado às relações afetivas entre indivíduos do mesmo sexo. Até há pouco impensável, tal tema hoje reclama um olhar mais acurado aos institutos e valores do Direito de Família.¹

Quando falamos em família, a imagem que vem primeiramente a mente é a de um casal, formado necessariamente por um indivíduo do sexo masculino e outro do feminino que, matrimonializado para todo o sempre conforme dispunha o Código Civil anterior, e com filhos que lhes sucederão. Este é o modelo clássico de família, positivado no já revogado Código Civil de 1916, e que foi por muito tempo o paradigma do Direito de Família.

Este modelo, fruto dos condicionamentos sócio-culturais de sua época, vem sofrendo há tempos com as mudanças na sociedade civil. Somente a título de exemplificação, lembremos que até recentemente não se considerava como legítimos os filhos tidos como “bastardos”, isto é, nascidos fora do casamento, derivando daí conseqüências negativas para estes, quando da sucessão. Outra importante mudança foi o aparecimento do instituto da união estável que permite a existência de família fora do modelo clássico, sem que seja preciso casar para alcançar certos efeitos na esfera patrimonial dos cônjuges. Assim, atualmente o modelo clássico é apenas um dentre vários possíveis, nem sendo mais necessário a presença conjunta do pai e da mãe para ser família, modelo que a doutrina batizou de família monoparental.

¹ A atualidade é inegável. A questão se colocou perante o direito há pouco tempo. Assim, a bibliografia sobre o tema foi, na sua totalidade, produzida de uns anos para cá. Dada a escassez de livros, Rodrigo da Cunha PEREIRA, autor que realiza um interessante diálogo entre direito e psicanálise no direito de família, no livro *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*, p. 37, vem afirmar que “pouquíssimos juristas escreveram sobre o assunto, e até evitam tocar nele. Talvez este medo advenha da dificuldade com a própria sexualidade”.

A discussão ainda é riquíssima e abre espaço para uma completa reformulação dos institutos de família, o que vem acontecendo há algum tempo. Dessa maneira, interessa aqui discutir outro modelo que era inimaginável juridicamente tempos atrás. Trata-se de discutir qual o valor jurídico e qual o tratamento que deve receber do ordenamento jurídico os relacionamentos homoafetivos.

A questão é polêmica, pois mexe com conceitos arraigados da sociedade brasileira. O tema, para ser tratado com profundidade, necessita da tão propalada interdisciplinaridade, pois não há dúvidas que tal tema também pode e deve ser discutido em ciências como a psicologia, medicina, sociologia, teologia, pois toca em pontos sensíveis de nossa sociedade. A abordagem jurídica do tema deve antes passar por tais estudos, para que então se possa buscar uma solução adequada à nova realidade e conforme o direito positivo brasileiro. Dada a amplitude do tema, não será aberto um capítulo específico sobre as ciências afins, mas referências a outras áreas serão feitas no decorrer do trabalho.

A importância da questão é inegável, e, a partir da realidade, devemos encontrar no direito, uma resposta à altura, pois que uma sociedade que se pretende evoluída não pode fugir ao problema, nem tampouco se esquivar de fornecer uma resposta. Tendo a dignidade da pessoa humana como base, a resposta necessariamente tende à proteção dessas relações. Temos aqui uma zona cinzenta, em que direito e moral se tocam.

Temos no direito comparado inúmeros exemplos de inovações. A atualidade do tema pode ser comprovada aqui, visto que mudanças significativas ocorreram nos últimos anos e continuam a ocorrer. Na verdade o primeiro reconhecimento de algum tipo de direito às uniões homossexuais data de 1989.² Num espaço de dezesseis anos, vários países inovaram.³ A variedade de

² Folha de S. Paulo. <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u85251.shtml> Lista dos marcos legislativos pelo Mundo.

³ Inovações ocorrem a todo o momento com relação à garantia de direitos às uniões de pessoas do mesmo sexo, de tal modo que durante a realização desta monografia a Espanha se tornou o terceiro país a permitir o casamento gay, permitindo inclusive a adoção, fato inédito. Logo após, o Canadá aprovou uma lei também permitindo esse direito.

soluções e caminhos é grande, de modo que foge ao escopo do presente trabalho a análise abrangente e profunda.⁴ Desse modo, as experiências dos outros países serão abordadas ao longo do trabalho.

O espírito que guiará este trabalho está presente na seguinte passagem de O nó e o ninho de Michelle PERROT:

“Quem fala de pulverização da família moderna faz implicitamente referencia a uma idade de ouro situada no passado. Citam-se com frequência a Idade Média ou mesmo o século XIX como momentos de equilíbrio ideal. Trata-se de uma ilusão de ótica. A história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas. Toda sociedade procura acondicionar a forma da família a suas necessidades e fala-se em ‘decadência’ frequentemente para estigmatizar mudanças com as quais não concordamos.”⁵

O momento não é propriamente de crise, mas de transformações. As mudanças em Direito de família são inevitáveis. Cabe ao direito acompanhar as transformações da sociedade.

⁴ Análise abrangente das experiências ao redor do mundo pode ser encontrada em MATOS, Ana Carla Harmatiuk . União Entre Pessoas do Mesmo Sexo: Aspectos Jurídicos e Sociais.

⁵ PERROT, Michelle. O nó e o ninho, Reflexões para o futuro. Veja 25 anos. p. 75

1. Enquadramento Jurídico das Relações Homoafetivas

A questão que se põe é qual ramo do direito deve se ocupar das relações homoafetivas. Em que pese hoje haver um crescente e recentíssimo movimento no sentido de se instituir tais relações no Direito de Família, há enormes variações quanto à resposta dada. Na verdade o Direito de Família só entrou recentemente em cena, por conta de inovações legislativas de alguns países. Por muito tempo, tal tema era tratado pelo Direito Penal, tipificado como crime. Hoje também é utilizado no Direito Civil, no campo das Obrigações, como alternativa ao reconhecimento jurídico.

De acordo com o mapa constante do anexo 1, temos uma noção de como anda o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas. Por um lado vemos que os maiores avanços no sentido de se admitirem efeitos às estas uniões ocorrem basicamente nos países europeus, notadamente os países da Europa Ocidental e em mais alguns outros países. De outro lado, temos também vários países em que a prática de atos homossexuais é tida não só como imoral, mas também criminosa, ensejando inclusive a pena de morte para quem assim se comportar. Essa criminalização ocorre na maioria dos países africanos e nos países do Sudeste Asiático. Um terceiro dado que surge da análise do mapa é que a grande maioria dos países não se posiciona legalmente quanto à matéria. Nestes países a conduta homossexual não é criminosa, mas também não se garante nenhum direito às uniões de afeto entre duas pessoas do mesmo sexo. Passemos agora a analisar qual o tratamento dado à matéria dentro de cada um dos ramos do Direito citados.

1.1 Direito Penal

Durante a existência dos Impérios Romano e Grego a atitude frente ao homossexualismo era de permissividade. Tal prática era tolerada, desde que se seguissem algumas regras.⁶ Com a ascensão do Cristianismo, veio a repressão. Quem praticasse atos de sodomia ou pederastia corria o risco de perder sua vida. Não só a Igreja Católica como também os protestantes condenavam veementemente a sodomia.⁷ Durante a Inquisição, muito foram perseguidos e tiveram que enfrentar os tribunais eclesiásticos. Até mesmo no Brasil, houve quem sofresse.⁸

As primeiras legislações aplicadas no Brasil reprimiam fortemente a sodomia. As mais importantes delas, em razão de sua prolongada vigência, foram as Ordenações Filipinas que equiparavam a sodomia ao crime de lesa-majestade. Segundo João Silvério TREVISAN a penalidade aplicada era a pena do fogo, além do confisco de bens e a infâmia sobre os filhos e descendentes do condenado.⁹ Como visto a conduta homossexual foi por muito tempo tida como criminosa no Brasil e no mundo, sendo descriminalizada como consequência da Revolução Francesa.

Com o Código Criminal de 1830, influenciado pelo Código Napoleônico, deixa de haver qualquer menção explícita ao homossexualismo. Todavia, como adverte TREVISAN: “surgem os crimes por ofensa à moral e aos bons costumes, quando praticados em público. Sem que haja qualquer menção explícita, é debaixo dessa infração tão vagamente enunciada que, daí por diante, a homossexualidade será enquadrada (na prática e/ou na teoria).¹⁰”

⁶ Uma análise mais elaborada sobre a homossexualidade durante os Impérios Romano e Grego pode ser encontrada na dissertação de mestrado de Fernanda OLTRAMARI, defendida em julho de 2003, com o título “União Homossexuais: aspectos jurídicos e perspectivas legislativas e jurisprudenciais”

⁷ TREVISAN, João Silvério. Devassos no Paraíso. p. 71.

⁸ Um relato sobre esse período no Brasil pode ser encontrado em TREVISAN, João Silvério. Devassos no Paraíso., p. 77 e seguintes.

⁹ TREVISAN, op. cit., p. 101

¹⁰ Ibid., p. 104

Os códigos posteriores mudaram a nomenclatura mas em essência mantiveram tipos repressores da sexualidade. Com a homossexualidade saindo do Judiciário, entra em cena a ciência que, com a medicina, tenta dar uma explicação racional para tal desvio. Inúmeras teorias tentam descobrir as causas¹¹ e possíveis curas.¹² Assim, nos dizeres de TREVISAN; “o Sistema que se moderniza é também um Sistema que sofisticou seu controle”.¹³

Hoje, portanto, o Brasil não adota nenhuma punição explícita para com os homossexuais. A inclusão de tipos penais com o intuito de reprimir essa manifestação da sexualidade teve e tem inegável origem religiosa. Não há como negar a influência das igrejas cristãs desde tempos imemoriais no sentido de coibir tais práticas.¹⁴

Como herança dessa influência – que hoje também se faz presente – temos nos nossos manuais fartas afirmações e definições preconceituosas. Veja-se a definição de homossexualismo dada por PLÁCIDO E SILVA em seu Vocabulário Jurídico:

“Na Medicina Legal, é indicativo da anormalidade do instinto sexual do indivíduo, em virtude do que somente tem inclinação sexual ou amorosa para indivíduos de seu próprio sexo, muitas das vezes com repugnância ou aversão aos seres do sexo oposto.
O homossexualismo é masculino ou feminino.
O homossexualismo masculino, isto é, a satisfação carnal de homem com homem, é dito de pederastia e de uranismo.
Há pederastia, quando o prazer sexual se realiza com coito anal.

¹¹ HART, John; RICHARDSON, Diane [org]. Teoria e Prática da Homossexualidade. p. 15 e seguintes.

¹² TREVISAN, op. cit., p. 113

¹³ Ibid., p. 105

¹⁴ Assim, também é forte o movimento da Igreja Católica e outras para barrar quaisquer inovações legislativas. Nesse sentido ver a defesa intransigente da “família” feita pelo Deputado Severino Cavalcanti PPB/PE em seu voto pela rejeição do Projeto de Lei 1.151/95 de autoria da Deputada Marta Suplicy. Afirma o Deputado que o projeto constitui um triplice atentado a lei moral, a) no campo individual, estimula o pecador a manter-se em seu pecado; b) no campo social, induz a sociedade a encarar com neutralidade e simpatia tal pecado; c) no campo institucional, propõe ao Poder Público o reconhecimento oficial e a legalização dessa forma de vida. Segundo o Deputado, o projeto também atrai a cólera divina sobre o Brasil. Assim fazendo, o Brasil se coloca entre as nações que nada mais têm a esperar de Deus, senão o desencadear de sua ira. No seu voto, Dep. Severino também explicita a posição da Igreja Católica sobre o assunto, citando-se diversas passagens bíblicas e doutrinas. Cópia do projeto e seu substitutivo apresentado, e mais os votos dos membros da comissão foi incluída no livro de Álvaro Villaça Azevedo, Estatuto da Família de Fato.

O homossexualismo feminino, onde o coito se realiza por meio de várias práticas que possam provocar o orgasmo, diz-se safismo, tribadismo e lesbianismo.¹⁵

Percebe-se, assim, o tratamento discriminatório dado ao tema, sendo que os manuais passam longe de qualquer inovação trazida pela psicologia e pela medicina. O homossexualismo foi retirado da lista de desordens mentais em 1973 pela Associação Psiquiátrica Americana e, desde 1991 a proibição da homossexualidade constitui uma violação dos direitos humanos segundo a Anistia Internacional.¹⁶ Em 1992 a Organização Mundial da Saúde fez o mesmo.¹⁷ No Brasil o mesmo fato aconteceu anos antes, em 1985 e hoje é proibida no Brasil, qualquer tentativa de cura por parte de médicos e psicólogos.¹⁸

Aliás, em matéria sexual, os manuais de medicina legal parecem ter mais valor histórico do que científico na medida em que qualquer variação na prática sexual, mesmo entre heterossexuais é classificada como perversão. No clássico manual de Hélio GOMES sobre Medicina Legal, práticas comuns entre casais heterossexuais como a felação e cunilíngua são tidas como topo-inversões, isto é, “práticas sexuais por pessoas de sexo oposto em parte do corpo indevidas”¹⁹ A topo-inversão é classificada dentro das aberrações ou perversões sexuais.²⁰

Se isso já é considerado perversão, quando se trata de homossexualismo, os manuais são ainda mais preconceituosos e ultrapassados. Hélio GOMES afirma em certo ponto que “em nossos dias está num crescendo assustador o homossexualismo”.²¹ Quando dá um motivo freqüente para o homossexualismo

¹⁵ SILVA, Plácido e. Vocabulário Jurídico. 10. ed., p. 390

¹⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da Família de Fato. De acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406 de 10/01/2002., p. 470

¹⁷ WIKIPEDIA. Disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Homosexuality_and_psychology. Acesso em 15.09.2005.

¹⁸ CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. Brasil Sem Homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual., p.15

¹⁹ GOMES, Medicina Legal., p. 408

²⁰ Ibid., p. 403

²¹ Ibid., p. 413 Além de preconceituosa tal afirmação é falsa cientificamente. Se à época em que foi escrito, parecia que o número de homossexuais estava aparentemente crescendo, o mais provável é que, o que estivesse aumentando fosse o número de pessoas que assumem sua sexualidade, e não o afirmado pelo professor.

feminino, suas afirmações fogem de qualquer cientificidade, como no trecho a seguir transcrito:

“motivo freqüente para o homossexualismo feminino é a falta de satisfação sexual no lar ou um casamento infeliz. Nenhum prazer encontra a mulher nas relações com um homem desrespeitoso ou brutal. Na sua infelicidade ela se apega a uma amiga que talvez sofra do mesmo fado. Do sofrimento comum origina-se um pacto feminino, cuja base é a aversão pelo homem”.²²

Diante disso, fica claro que quando se trata de sexualidade, o direito, até pouco tempo atrás, reproduzia preconceitos e estigmas, que não mais se sustentam na ciência. Encontramos no Direito Penal e ciências afins, área profícua para o desenvolvimento de tais preconceitos, entretanto, a tendência se reverteu no sentido de se buscar a plenitude do ser humano.

Felizmente hoje no Brasil não temos mais nenhuma legislação criminalizando a conduta homossexual. Ainda que não seja crime, o preconceito ainda é comum.

1.2 Direito das Obrigações

Sensibilizados por um intenso movimento ativista dos direitos civis dos homossexuais, alguns países começaram a regular as uniões civis. O marco foi junho de 1989 ao ser aprovada uma lei na Dinamarca que permitia o registro de uniões civis a casais homossexuais.²³

Dentro da seara das obrigações temos dois tópicos a serem tratados. Um deles é a recente construção da jurisprudência no sentido de se considerar a união homossexual como uma sociedade de fato. O outro é o projeto de lei de autoria de

²² Ibid., p. 413

²³ FOLHA DE S. PAULO. Lista dos marcos legislativos pelo Mundo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u85251.shtml>

então Deputada Marta Suplicy que instituiu uma parceria civil registrada, admitindo efeitos contratuais, mas sem chegar a admitir um novo ente familiar.

1.2.1 A sociedade de fato

No Brasil nunca tivemos alguma legislação que albergasse os direitos dessa minoria. Coube à jurisprudência brasileira, em decisões inovadoras e recentes conferir direitos mesmo antes da promulgação de qualquer lei. Tal inovação é decorrente do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão.”

O referido dispositivo colocou na mesa de juízes problemas para os quais a lei não previa soluções. Aliás, a lei brasileira nem possui qualquer referência aos homossexuais. De forma que estamos diante de verdadeira omissão do legislador. Frente a essa lacuna, o juiz não pode deixar de decidir, conforme dispõe o art. 126 do Código de Processo Civil. Terá o juiz que encontrar uma solução para o caso concreto com base na analogia, costumes e princípios gerais de direito, conforme dispõe o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Em referência ao tema tratado, os costumes em nada ajudam, ao contrário, os costumes que se referem ao tema trazem justamente o preconceito e a discriminação, velada ou explícita. Foi com base na analogia e princípios gerais de direito que os juízes encontraram uma solução para a questão.

A solução encontrada foi aplicar, por analogia, o instituto da sociedade de fato e também por analogia a súmula 380 do Supremo Tribunal Federal. Diante da total ausência de regulamentação, a decisão encontrada foi um notável avanço, ainda que hoje seja considerada insuficiente para responder aos anseios dessa minoria excluída.

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício da atividade econômica e a partilha entre si, dos resultados.

Parágrafo Único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

Súmula 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Com isso é possível resguardar os aspectos patrimoniais das relações homoafetivas. Os julgadores também se baseiam no princípio geral de direito que veda o enriquecimento ilícito. A situação aqui vivida é semelhante aos partícipes da união estável, antes de sua regulamentação. Aplicava-se também a sociedade de fato às relações que mais tarde seriam denominadas uniões estáveis. Garantia-se à mulher a partilha dos bens, argumentando que tal partilha era um direito que vinha em decorrência dos serviços domésticos prestados pela mulher.²⁴

Não se levava em consideração o Direito de Família, mas tão só o direito obrigacional. Posteriormente, com a entrada de lei regulamentadora das uniões estáveis esse problema acabou. Espera-se o mesmo com relação às uniões homoafetivas. Esse tipo de solução recorre a um artificialismo patente para proteger um direito. A flagrante injustiça que decorre da falta de lei, leva os juristas, quando admitem efeitos a essas relações, a terem de recorrer à expedientes artificiais, para se buscar alguma proteção. A pergunta que emerge foi feita pelo Professor Paulo Luiz Netto LOBO: “Afinal, que ‘sociedade fato’ mercantil ou civil é essa que se constitui e se mantém por razões de afetividade, sem interesse de lucro?”²⁵

O instituto da sociedade de fato nunca foi pensado para proteger relações afetivas, nem de casais heterossexuais no período anterior a sua regulamentação, nem tampouco de casais do mesmo sexo. É talvez a solução possível para o Direito de hoje. No entanto, o problema está em se desconsiderar toda a questão de afeto existente, e levar em conta apenas o aspecto patrimonial. É claro que

²⁴ Inúmeros acórdãos poderiam ser citados, mas um deles em especial faz esse mesmo regresso histórico para afirmar na seqüência que a competência para julgamento de sociedades de fato entre homossexuais deve ser das varas de família. Colocar aqui é o numero 3. da jurisprudência Ag. Instrumento nº 599.075.496

²⁵ LÓBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus.

a partilha dos bens adquiridos em esforço comum, esforço aqui entendido no seu aspecto material e moral, seja talvez o efeito mais notável de uma união, e nisso a solução da sociedade de fato parcialmente resolve, porém há muitos outros efeitos desejados que só se alcançam se as uniões homoafetivas forem admitidas como um ente familiar.

1.2.2 O projeto de lei

O projeto de lei 1.151/95 trata de disciplinar a união civil de pessoas do mesmo sexo. Foi apresentado pela Deputada Marta Suplicy. Foi instalada uma Comissão Especial, presidida pela Deputada Maria Elvira, e como relator o Deputado Roberto Jefferson.²⁶ O relator apresentou um substitutivo ao projeto após diversas audiências públicas. O projeto nunca chegou a ser votado. Álvaro Villaça AZEVEDO comenta que fortes pressões contrárias ao projeto provocando pedido de retirada de pauta. Continua sem andamento até hoje, no aguardo de um momento mais oportuno para sua aprovação.²⁷

O projeto permite oficializar união de duas pessoas do mesmo sexo através da chamada parceria registrada²⁸, e estabelece alguns direitos decorrentes dessa união, como direitos à sucessão e à Seguridade Social. O que se percebe em vários momentos da justificativa apresentada pelo relator e das análises feitas por doutrinadores é de se atribuir ao projeto, potencial para instituir contratos entre pessoas

²⁶ AZEVEDO, op. cit., p. 475.

²⁷ Ibid., p. 477

²⁸ Originariamente, o projeto da Dep. Marta Suplicy previa a utilização da expressão “união civil livre”. No substitutivo apresentado o referido termo foi trocado por “parceria registrada”. Tal termo ainda sofreu outra alteração por conta de sugestão de membros da Comissão. O termo utilizado no substitutivo adotado foi “parceria civil registrada” Informa-nos a Professora Ana Carla Harmatiuk Matos que durante os trabalhos da Comissão o Professor Luiz Edson Fachin, durante sua palestra, sugeriu que o termo inicialmente apresentado, “união civil livre” fosse substituído e assim explicitar que não se tratava da equiparação da parceria com o casamento ou união estável e evitar com isso a declaração de inconstitucionalidade. MATOS, Ana Carla Harmatiuk . União Entre Pessoas do Mesmo Sexo: Aspectos Jurídicos e Sociais., p. 134

do mesmo sexo que juntos convivam. A intenção do projeto é de assegurar alguns direitos, mas não chega a ponto de instituir um novo ente familiar e nem de se equiparar a um dos modelos existentes. Afirma o Dep. Roberto Jefferson em seu voto:

“a idéia de casamento nos remete à constituição de uma entidade familiar, visando à regulamentação das relações sexuais, à proteção dos filhos, entre outros aspectos. Para efeito da proteção do Estado, a Constituição também reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (art. 226, § 3º).

Com essas considerações, fica claro que o Projeto de Lei ora em exame não pretende instituir um casamento ou uma união estável entre pessoas do mesmo sexo. Não se está aqui a disciplinar as obrigações sexuais entre parceiros. Não se cria nenhuma entidade familiar para efeitos de proteção do Estado.

(...) nenhum dispositivo do Projeto cria nova espécie de núcleo familiar.”²⁹

Álvaro Villaça AZEVEDO defende o mesmo ponto de vista quando comenta o artigo 9º do substitutivo do projeto que trata da aplicação da Lei 8.009/90 (Impenhorabilidade do bem de família); “como resta evidente, tal dispositivo de pré-legislação desvirtua a lei analisada; pois na parceria civil registrada não existe intuito de constituição de família, não existe lar, o que impede que exista o bem de família”³⁰

Assim, parece claro que a intenção do projeto é de admitir um contrato entre duas pessoas do mesmo sexo, ligadas pelo afeto. O que parece um contra-senso é que existem inúmeros elementos que conduzem a conclusão de que tal tema deve ser tratado como ente familiar e não contrato comercial. Adiante se discutirão em pormenores o Direito de Família e as relações homoafetivas, mas podem-se indicar alguns contra-sensos da lei.

O mesmo artigo 9º já referido indica a intenção de se proteger a união e o lar onde esta se desenvolve. A garantia de participação na sucessão também nos remete ao Direito de Família, pois sucessão se faz entre pessoas ligadas por laços de parentesco. Então se não é família por que a lei instituiria possibilidade de participação nos bens do *de cuius*? A proibição de alteração do estado civil dos contratantes também nos leva a pensar a união nos termos do Direito de Família.

²⁹ AZEVEDO, op. cit., p. 617

³⁰ Ibid., p. 482

Ademais, toda a discussão existente se passa entre autores do Direito de Família. Todas as discussões têm como foco institutos desse ramo. Fala-se em sucessão, direitos previdenciários, direito de ser o curador, porque a relação entre duas pessoas do mesmo sexo assume contornos nitidamente de Direito de Família. A aprovação do projeto certamente seria um avanço para o movimento homossexual no sentido de se conferir maior dignidade as suas relações, mas seria uma regulamentação incompleta. Nos dizeres da Desembargadora Maria Berenice DIAS: “Esse projeto, mesmo que venha a se transformar em lei, não pode ser identificado como regulamentador da união homossexual, pois deixa à margem as relações que se romperem sem referendo contratual, que permanecem carentes de previsão legislativa”³¹.

Caso seja aprovado, faz-se necessário que os casos judiciais decorrentes da lei sejam resolvidos nas varas de família, lugar próprio das relações de afeto.

1.3 Direito de Família

Interessa aqui discutir a possibilidade de enquadrarmos as relações homoafetivas dentro das famílias constitucionalizadas, isto é, saber se seria desejável e possível juridicamente equiparar tais relações com o casamento ou união estável, nos moldes da Constituição e das leis infraconstitucionais. Examinemos, então, primeiramente a hipótese de casamento e depois a de união estável. O exame das relações homossexuais como ente familiar diverso, e mesmo se são possíveis outros entes familiares que não os postos pela Carta Magna, será objeto de capítulo específico, dado os inúmeros aspectos a serem abordados.

O primeiro óbice a ser enfrentando é a negativa de muitos doutrinadores em admitir que relacionamentos homoafetivos possam ser considerados

³¹ DIAS, Maria Berenice. Efeitos Patrimoniais das Relações de Afeto. p. 57

família.³² Assim afirma o Professor Titular de Direito Civil da UERJ Ricardo César Pereira LIRA:

“Não se trata de entidade familiar, pois o casamento e a união estável pressupõem necessariamente um vínculo entre pessoas de sexo diferente (art. 226, § 3º e 5º da Constituição de 1988).

A união civil entre pessoas do mesmo sexo é matéria que não se põe no âmbito do Direito de Família, devendo as questões dela decorrentes ser solucionadas estritamente dentro da portada do Direito das Obrigações.”³³

Também é a lição do jurista paranaense Rainer CZAJKOWSKI, que ao abordar os reflexos jurídicos das uniões homossexuais, logo no primeiro parágrafo já dispara:

“União homossexual não é família. Por mais estável que seja, não forma uma entidade familiar. O assunto é abordado, aqui, em função de uma certa afinidade com a compreensão genérica e vulgar da expressão - união livre -. De início, portanto, convém deixar claro: relação homossexual não é família, e não deve ser tratada no Direito de Família.”³⁴

A mesma opinião tem o Professor Álvaro Villaça AZEVEDO, que em seu livro Estatuto da Família de Fato aborda o assunto. Apesar de negar o status de família aos casais do mesmo sexo o aclamado mestre da USP traz interessante caminho para se resguardar alguns direitos enquanto não é promulgada lei regulamentadora, sem a necessidade de recorrer a nenhuma construção jurídica. A solução preconizada procura resguardar alguns direitos patrimoniais utilizando-se dos institutos de direito privado existentes:

“enquanto a união homossexual não for reconhecida como apta à constituição de família, o que nos parece prematuro, os parceiros devem acautelar-se com realização de contratos escritos, que esclareçam a respeito de seu patrimônio, principalmente demonstrando os bens que existem, ou venham a existir, em regime de condomínio, com os percentuais estabelecidos ou não. Se for o caso, para que não esbarrem

³² Grande e importante parcela dos juristas pátrios não aceita a possibilidade de uniões homossexuais como uma possível e alternativa forma de entidade familiar. Desse modo, preconizam em sua maioria que tais relações devem ser resolvidas pelo Direito das Obrigações, pelo instituto da sociedade de fato, já analisado. Entre autores que assim manifestaram seu pensamento estão juristas como Eduardo de Oliveira Leite, Rainer Czajkowski, Álvaro Villaça Azevedo e Silvio Venosa.

³³ LIRA, Ricardo César Pereira. Breve Estudo sobre as entidades familiares. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Repensando o Direito de Família. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família., p. 96.

³⁴ CZAJKOWSKI, Rainer. União Livre: à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96., p. 167

suas convenções no direito sucessório de seus herdeiros, devem realizar testamentos esclarecedores de suas verdadeiras intenções. Podem, ainda, os parceiros adquirir bens em nome de ambos, o que importa condomínio, em partes iguais.³⁵

1.3.1 Casamento

Casamento nos remete à idéia de matrimônio. Esta palavra vem do latim, *matrimonium*, que no Direito Romano tinha o sentido de união entre um homem e uma mulher com fins de procriação.³⁶ A Igreja Católica transformou o matrimônio em sacramento e o tornou indissolúvel.³⁷ Fato que se mantém até hoje no Direito Canônico.³⁸ A ligação do tema com a moral cristã é deve ser lembrada, pois foi com a ascensão do cristianismo que a homossexualidade passou a ser reprimida. O casamento só é possível e válido se for celebrada a união de duas pessoas de sexo diferente.³⁹

Tratando da diversidade de sexos no casamento, José Lamartine Correa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ afirmam que:

“a plena comunhão de vida, que é a finalidade do matrimônio, pressupõe a diversidade de sexos. O fato de que o argumento fundamental, acima delineado, radique em uma idéia de natureza das coisas, pode fazer supor, como já ocorreu com parte da doutrina, estar a admissão do pressuposto da diversidade de sexos como pressuposto de existência do casamento vinculado de forma absoluta a uma posição jusnaturalista. Ao contrário de que supõem tais críticas, a defesa da persistência desse pressuposto pode ser feita a partir de uma mera análise de Direito Positivo.”⁴⁰

³⁵ AZEVEDO, op. cit., p. 475.

³⁶ SILVA, op. cit., p. 165.

³⁷ Ibid., p. 166

³⁸ Relutante em aceitar as novas regras, a Igreja continua a não aceitar a dissolubilidade do vínculo conjugal, situação possível a partir da promulgação da Lei n. 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Por óbvio, as religiões tradicionais se opõem ferozmente ao tema de desta monografia.

³⁹ O casamento sempre esteve ligado, desde suas origens no Direito Romano, a união entre duas pessoas do mesmo sexo. A questão é que com a repressão da homossexualidade acentua-se esse fato.

⁴⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Direito de Família. (Direito Matrimonial), p. 215

A análise do Direito Positivo, proposta acima, é também feita por outros autores, como o Professor Álvaro Villaça AZEVEDO e Érica Harumi FUGIE.⁴¹ Nos dizeres de Álvaro Villaça AZEVEDO: “todo o sistema regulador do casamento civil acolhe a diversidade de sexo como seu pressuposto existencial.”⁴²

Realmente, não há como discordar de tais opiniões. No Código Civil em vigor até recentemente, havia menção, em capítulos próprios, aos direitos do marido⁴³ e direitos da mulher⁴⁴. Dentre os “direitos” do marido estava a chefia da sociedade conjugal⁴⁵, além de caber-lhe a representação legal da família, a administração dos bens comuns e particulares da mulher e o direito de fixar o domicílio da família.⁴⁶ A mulher assumia, frente a seu marido, a posição de companheira, consorte e colaboradora.⁴⁷ Tais dispositivos não foram recepcionados pela Constituição de 1988, visto que esta trouxe a igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher.⁴⁸ O novo Código Civil também traz em inúmeras ocasiões remissões ao homem e à mulher, como nos art. 1.514⁴⁹ e 1.565⁵⁰.

Pelo visto, claro está que casamento só há quando ocorre entre duas pessoas de sexo distinto. Diante disso, os mestres José Lamartine Correa de OLIVEIRA

⁴¹ Nesse sentido ver: AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da Família de Fato. De acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406 de 10/01/2002. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002 e também FUGIE, Érika Harumi. A União Homossexual e a Constituição Federal: Inconstitucionalidade do Artigo 226, §3º, da Constituição Federal? In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.1, n. 15, out./nov./dez., 2002.

⁴² AZEVEDO, op. cit., p. 465.

⁴³ Capítulo II – Dos direitos e deveres do marido – art. 233 a 239

⁴⁴ Capítulo III – Dos direitos e deveres da mulher – art. 240 a 255

⁴⁵ Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal (...)

⁴⁶ Compete-lhe:

I – a representação legal da família;

II – a administração dos bens comuns e particulares da mulher que ao marido incumbe administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial.

III – o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique;

IV – prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos artigos 275 e 277.

⁴⁷ Art. 240. A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

Parágrafo Único. A mulher poderá acrescentar aos seus os apelidos do marido.

⁴⁸ Art. 226. § 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁴⁹ Art. 1.514. 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.

⁵⁰ Art. 1565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

e Francisco José Ferreira MUNIZ em seu livro Direito de Família afirmam que: “As uniões estáveis de natureza homossexual podem ter relevância em outros planos e sob outras formas – não como modalidade de casamento”⁵¹

No capítulo de impedimentos, não se encontra o de duas pessoas do mesmo sexo. Em razão disso criou-se a teoria do ato inexistente.⁵² Segundo ela, há três condições para a existência do casamento: diversidade de sexos, celebração perante o oficial do estado civil e consentimento de ambos. Seguindo esta linha de raciocínio, pondera Pontes de MIRANDA:

*“destarte, a união, ainda quando solenemente feita, entre duas pessoas do mesmo sexo, não constitui matrimônio, porque ela é, por definição, contrato do homem e da mulher, viri et mulieris coniunctio, com o fim de satisfação sexual e de procriação.”*⁵³

Assim, resta impossibilitada juridicamente a equiparação entre o casamento tradicional e casamento “gay”. Tal impossibilidade decorre da lei unicamente. Várias referências ao casamento heterossexual existem na Constituição de 1998 e no Código Civil de 2002. Somente com mudanças no nosso direito positivo tal equiparação seria possível.

Ressalte-se que poderiam alegar que o casamento sempre foi heterossexual, e há todo um fundo histórico-social-religioso que corrobora com este sentido. Mas Paul HALSALL mostra que a palavra casamento esteve associada na história com diversos tipos de uniões, não sendo um termo unívoco.⁵⁴ Além disso, na

⁵¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 215

⁵² A criação é do direito francês. Para uma breve e suficiente explicação, ver AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ob. Cit. p. 466.

⁵³ MIRANDA, Pontes de. Tratado De Direito Privado. Tomo VII. 2ª ed. p. 366

⁵⁴ HALSALL, Paul. Lesbian and gay marriage through History and Culture. Disponível em <www.bway.net/~halsall/lgbh-marriage.html>... Em sociedades do passado, no que diz respeito aos exemplos heterossexuais, os relacionamentos chamados pelas palavras que nós traduziríamos como ‘casamento’ têm, na realidade, incluído precipadamente realidades diversas:

- Relacionamentos entre um homem e muitas mulheres (*polygamy* em muitas sociedades, por exemplo, Islã, Israel Antiga);
- Relacionamentos entre um homem com uma mulher chefe e esposas subordinadas e/ou concubinas (China);
- Relacionamentos entre uma mulher e muitos homens (*polyandry* no Tibet);
- Relacionamentos com idades dissonantes entre um homem e uma mulher onde o homem geralmente era um adulto de aproximadamente 30 e a mulher de 15 anos de idade (e.g.: Atenas Clássica, Itália Renascentista)
- Relacionamentos nos quais um homem e uma mulher casam-se com a mesma idade, mas sem Ter conhecido seu/sua cônjuge antes (entre alguns judeus ortodoxos, em muitas sociedades na Índia e China);

história recentíssima do mundo, já é possível o casamento entre pessoas do mesmo sexo, como na Espanha.⁵⁵

1.3.2 União Estável

A questão sobre a possibilidade de equiparação de uma união homossexual à união estável esbarra no mesmo óbice enfrentado pela equiparação ao casamento. É que a Constituição Federal de 1988 foi muito clara ao reconhecer a união estável como sendo um vínculo que une homem e mulher.⁵⁶

Importantes doutrinadores colocam assim um ponto final no assunto, como Álvaro Villaça AZEVEDO ponderando que: “ainda que se cogite de mera convivência, no plano fático, entre pessoas do mesmo sexo, não se configura a união estável”.⁵⁷ Também o ilustre Miguel REALE doutrina no mesmo sentido: “Essa matéria não é de Direito Civil, mas sim de Direito Constitucional, porque a Constituição criou a união estável entre um homem e uma mulher. De maneira que, para cunhar-se aquilo que estão querendo, a união estável dos homossexuais, em primeiro lugar seria preciso mudar a Constituição”.⁵⁸

Todavia, há proximidade fática entre a união estável e a união homossexual. A professora Ana Carla Harmatiuk MATOS menciona a “aproximação possível entre as famílias heterossexuais não fundadas no casamento e as

- Relacionamentos nos quais um homem e uma mulher casam-se porque amam um ao outro (o padrão moderno).

⁵⁵ A lista dos países que legalizaram o casamento gay é pequena. Inclui apenas quatro países: Espanha e Canadá o fizeram em 2005; a Bélgica em 2003 e a Dinamarca em 2001. Em tais países não houve a criação de um instituto, como ocorreu na França em 1999, com a possibilidade de um pacto de solidariedade (PAC’S) entre duas pessoas, mas a extensão do casamento para pessoas do mesmo sexo. Para um estudo dos caminhos adotados em outros países, atualizado até 2004, ver MATOS, Ana Carla Harmatiuk . União Entre Pessoas do Mesmo Sexo: Aspectos Jurídicos e Sociais. Del Rey, 2004.

⁵⁶ Art. 226. § 3.º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

⁵⁷ AZEVEDO, op. cit., p. 470.

⁵⁸ REALE, Miguel. *apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito Civil Aplicado. Vol. 5. Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 424

homossexuais”.⁵⁹ Ela menciona ainda que o transcurso histórico vem apresentando pontos muito comuns quanto ao que se passou com a união estável e ao que vem ocorrendo com a parceria homoafetiva.⁶⁰ Exemplo seria o fato de os tribunais estarem aplicando a Súmula 380 do STF cumulado com o art. 981 do código civil para instituir a sociedade de fato entre homossexuais, a exemplo do que ocorreu com os concubinos até sua regulamentação.

Devido a essa proximidade temos autores que sustentam que na falta de regulamentação expressa, deve se aplicar o instituto da união estável às relações homossexuais. A admissibilidade ou não da hipótese ventilada é dada pelo Direito Constitucional.

Segundo posição defendida pela inovadora Des. Maria Berenice DIAS seria possível aventar a inconstitucionalidade do Artigo 226, § 3º da Constituição Federal. Afirmando que o vínculo afetivo entre duas pessoas, independentemente do sexo, não pode ser alvo de discriminações e que deve gerar direitos e obrigações, a ilustre jurista contesta a constitucionalidade de tal dispositivo nos seguintes termos:

“A Constituição não é um conjunto de regras, mas um conjunto de princípios, aos quais se devem afeiçoar as próprias normas constitucionais, por uma questão de coerência. Mostrando-se uma norma constitucional contrária a um princípio constitucional, tal fato configura um conflito, e, assim, a norma deve ser considerada inconstitucional, como sustentava OTTO BACHOF já em 1951. Assim, não se pode deixar de ter por discriminatória a distinção que o art. 226, §3, da Constituição Federal faz ao outorgar proteção a pessoas de sexos diferentes, contrariando princípio constitucional constante de regra pétrea. Flagrado o confronto, possível é concluir-se igualmente inconstitucional a restrição do art. 1º da Lei nº 9.278/96, que regulamentava a união estável, podendo e devendo ser aplicada às relações homossexuais”.⁶¹

⁵⁹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk . *União Entre Pessoas do Mesmo Sexo: Aspectos Jurídicos e Sociais*. Del Rey, 2004. p. 84

⁶⁰ Idem.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. *Aspectos Sociais e Jurídicos*. p. 11

No entanto, tal tese encontra forte oposição na doutrina e na jurisprudência. Érica Harumi FUGIE, após analisar a questão, inclusive abordando a posição de BACHOFF⁶², sustenta que:

“No entanto, essa norma violadora de um princípio, encontra-se inserta na própria lei fundamental e o Direito brasileiro não admite a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, exceto no caso de emendas ou de revisão constitucional, sujeitas a controle de constitucionalidade, bem como de normas e de princípios da Constituição Estadual que violem a Constituição Federal. Ao contrário, o Direito tedesco aceita a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, por compreender existirem diferenças de grau entre as normas inseridas na Constituição”.⁶³

Pelo visto, não há como sustentar a inconstitucionalidade de tais dispositivos. Assim, para justificar a equiparação à união estável, o Des. José Carlos Teixeira GIORGIS, recorre à analogia e interpretação extensiva dos direitos fundamentais, como se vê a seguir:

“Aparenta adequada, pois, a filiação ao uso razoável da analogia e uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais, principalmente ao direito de igualdade.

A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo destinado originariamente a situação diversa, ou seja, comunidade formada por um homem e uma mulher, em que a semelhança autorizadora seria a ausência de laços formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva e sexual duradoura e permanente entre os companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre entre sexos opostos”.⁶⁴

Aponta ainda Érica Harumi FUGIE a relevância dos princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, para que se seja possível tal a extensão de direitos.⁶⁵ A equiparação, no entanto, não elide as diferenças, como bem lembra Ana Carla Harmatiuk MATOS; “deve haver sensibilidade para as especificidades

⁶² Com relação às lições de BACHOFF, os estudos de Luís Roberto Barroso são importantes, na medida em que o referido autor procura esclarecer a verdadeira posição de BACHOFF. Segundo BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 202, Otto Bachoff “nega categoricamente a possibilidade de se admitir a inconstitucionalidade de uma norma constitucional em face de outra”. Para BARROSO, *Obra Citada*, p. 204, “a única possibilidade admitida por Bachoff é a de ela violar uma *transcendente* Constituição material que abrigaria os grandes princípios de direito natural, estivessem ou não positivados no documento escrito que consubstancia a Constituição formal”.

⁶³ FUGIE, Érika Harumi. *A União Homossexual e a Constituição Federal: Inconstitucionalidade do Artigo 226, §3º, da Constituição Federal?* p. 141

⁶⁴ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A Relação Homoerótica e a Partilha de Bens*. p. 159.

⁶⁵ FUGIE, *op. cit.*, p. 142. Os princípios constitucionais pertinentes ao tema serão alvos de capítulo próprio.

atuais das uniões entre pessoas do mesmo sexo, de modo a tutelarem-se os aspectos existenciais que lhes são peculiares".⁶⁶

Pelo que foi exposto, é possível concluir que em um primeiro momento não há como se admitir a união homoafetiva dentro do Direito de Família, todavia, desenvolveu-se teoria que estende a tal união os direitos da união estável pela semelhança, já que ambas não são formalizadas. A seguir serão expostas as transformações por que passa o Direito de Família chegando numa concepção a uma avançada e despida de preconceitos, na qual é possível acolher entidades familiares diferentes.

⁶⁶ MATOS, *op. cit.*, p. 89.

2. Transformações do Direito de Família

Vistos os possíveis enquadramentos jurídicos das relações homoafetivas cabe agora estudar as evoluções do Direito de Família, localizando principalmente a mudança paradigmática que revirou esse campo do conhecimento. É de se ressaltar as novas funções da família. Enquanto a realidade tratou de seguir seu curso, e não esperou pela lei, o direito tenta acompanhar os fatos, não sem um pouco de nostalgia dos mais conservadores.

O estudo se inicia com a família codificada em 1916, sem, no entanto esquecer que a família remonta a períodos imemoriais da história humana. Na verdade, ao contrário de muitos manuais que colocam como ponto de partida o Direito Romano, a família é mais antiga, conforme nos ensina Eduardo de Oliveira LEITE.⁶⁷

2.1 A família do Código de 1916

Apesar do enfoque neste trabalho se iniciar a partir do Código de 1916, a família no Brasil tem raízes mais profundas. Sofremos com a influência colonial, que nos legou uma família fortemente influenciada pelo Direito Canônico⁶⁸, hierarquizada e patriarcal. No período colonial, tínhamos o casamento religioso numa sociedade escravocrata. No período que se segue, aboliu-se a escravidão e o influxo de imigrantes manteve a sustentação do Brasil agrário.

A família codificada no início do século XX estava voltada para esse passado. Foi concebido por Clóvis Bevilacqua em 1899 para uma sociedade

⁶⁷ Para um completo estudo da origem e evolução da família ver LEITE, Eduardo de Oliveira. Tratado de Direito de Família.

⁶⁸ FACHIN, Rosana Amara Girardi. Em busca da família do Novo Milênio: (Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo). p. 37.

essencialmente agrária e elitista⁶⁹. A família era numerosa em razão de funcionar como uma unidade de produção, quanto mais membros ativos possuía, mais força de trabalho estaria disponível.⁷⁰ Esse grupo era dirigido pelo homem, que exercia seu papel de homem e marido. Os outros integrantes da família estavam a ele subordinados. À mulher cabe cuidar do lar. Aos filhos, respeitar o pai. A influência da Revolução Francesa se faz sentir ao demarcar o espaço privado para a mulher e reservar o público ao homem⁷¹.

A sexualidade era regida por este sistema de relações desigual. O casamento é visto como o ambiente próprio e digno para que se desenrolem as relações sexuais. Como assevera PERROT, “templo da sexualidade comum, a família nuclear erige normas e desqualifica as sexualidades periféricas”⁷². A regulação da conduta sexual é determinada pelos condicionantes econômicos deste modelo. Assim, a adúltera será severamente punida pois atenta contra a família, na exata medida em que abre espaço para dúvidas no que há de mais sagrado segundo PERROT: “a filiação legítima”⁷³. A transmissão do patrimônio para o legítimo descendente fica ameaçada. Da mesma maneira, a infidelidade masculina é, em certa medida, tolerada, visto que não traz riscos para a estrutura em questão.

O Direito Civil da época foi pensado assim para os proprietários de terra, burgueses mercantis.⁷⁴ Reflete assim os interesses patrimoniais da classe dominante. Entre o ser e o ter, a opção política à época foi pelo ter. Nos dizeres de Silvana Maria CARBONERA; “quem possui ‘é’”⁷⁵.

⁶⁹ LIRA, Ricardo César Pereira. Breve Estudo sobre as entidades familiares. p. 83

⁷⁰ PERROT, Michele [org]. Histórias da Vida Privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra. p. 105. Diz a historiadora francesa que a família é “elemento essencial da produção, ela assegura o funcionamento econômico e a transmissão de patrimônios. Garantia da espécie, ela zela por sua pureza e saúde. Cadinho da consciência nacional, ela transmite os valores simbólicos e a memória fundadora. É a criadora da cidadania e da civilidade”.

⁷¹ Ibid., p. 51. Afirma PERROT, “a família se tornou o símbolo da fragilidade que devia ser protegida do mundo exterior (o público); tinha se convertido no símbolo do privado. As mulheres só podiam ficar confinadas em espaços privados, devido à sua fragilidade biológica, e o próprio privado se revelara frágil frente à politização e à transformação pública do processo revolucionário”.

⁷² Ibid., p. 115.

⁷³ Ibid., p. 122.

⁷⁴ KLEIN, Felipe Partro. Família, entidade familiar e união de indivíduos do mesmo sexo. p. 134

⁷⁵ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. p. 282.

O Direito de Família era, sobretudo um sistema de exclusão. Quem não estivesse enquadrado na moldura, estava fora, marginalizado. Legítima se dizia da família matrimonializada e legítimos seriam seus filhos. As relações afetivas e os filhos que daí surgissem seriam tidas ilegítimas, fora da cobertura e proteção das regras de Direito de Família. É o que nos ensina o professor Luiz Edson FACHIN:

“A atribuição de uma posição jurídica depende, pois, do ingresso da pessoa no universo de titularidades que o próprio sistema define. Desse modo, percebe-se claramente que o sistema jurídico pode ser, antes de tudo, um sistema de exclusão.

Essa exclusão se opera em relação a pessoas ou situações às quais as portas de entrada na moldura das titularidades de direitos e deveres é negada. Tal negativa, emergente da força preconceituosa e estigmatizante dos valores culturais dominantes em cada época, alicerça-se num juízo de valor depreciativo, historicamente atrasado e equivocado”⁷⁶

Isso ocorreu com os filhos tidos fora do casamento⁷⁷ assim como com as mulheres, que na redação original do Código de 1916 eram consideradas relativamente incapazes, como se fossem reduzidas a um “objeto ou a um ser menor, incapaz”⁷⁸.

A impossibilidade de quebrar o vínculo jurídico estabelecido pelo casamento foi a regra do período. Havia apenas a possibilidade do desquite, que terminava com a vida em comum, mas não terminava com a relação jurídica. Os desquitados estavam assim, impossibilitados de contrair novo matrimônio.

Toda a estrutura jurídica do Direito de Família apontava para a preservação da entidade familiar. Prevalencia a família sobre seus membros. A tutela

⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo. p. 115

⁷⁷ LIRA, op. cit., p. 86 O professor LIRA nos traz as várias possibilidades de filiação dentro desse regime de exclusão: “Filhos legítimos eram os nascidos de justas núpcias, os havidos em casamento anulável, os tidos em casamento putativo, ainda que só um dos cônjuges estivesse de boa-fé; Filhos legitimados, em tudo equiparados aos legítimos, eram os filhos de pessoas não impedidas para o casamento, quando da concepção do filho, que supervenientemente vinham a casar-se; Filhos naturais eram aqueles havidos de pessoas sem impedimento para casar, Filhos adulterinos eram os tidos fora do leito conjugal, a *matre* ou *patre*; Filhos incestuosos eram filhos de pessoas unidas por vínculo de parentesco próximo, ou seja, parentesco na linha reta, e na linha colateral até o segundo grau, persistindo o impedimento no terceiro grau, salvo se houvesse pronunciamento técnico indicando a inexistência de inconvenientes médicos no casamento.

⁷⁸ FACHIN, op. cit., p. 116

jurídica está voltada ao patrimônio. Preserva-se assim o modelo de produção econômica.

A clausura do Direito de Família encontra sua expressão na idéia de codificação. O Código Civil de 1916, com sua pretensão de completude, elege com a família legítima aquela matrimonializada, e somente esta possuía tal condição. Na sua auto-suficiência decorre que inúmeras situações ficam de fora do Código, logo fora do Direito. Nesse sentido afirma Simone Tassinari CARDOSO, “se o sistema não contemplou a hipótese é porque esta não era juridicamente relevante”⁷⁹. Mas essa pretensão é inatingível. É sinal, em verdade, de uma escolha consciente feita de valores que estariam albergados no Código, em detrimento de outros, relegados à margem, excluídos da proteção. Então, percebemos a defesa da família é a defesa de um tipo de família, cujos interesses predominaram à época, como assinala PERROT ao explicitar as missões dessa família:

“Nuclear, heterossexual, monógama, patriarcal, a família que herdamos do século XIX era investida de um grande número de missões. Na junção do público e do privado, esferas grosseiramente equivalente aos papéis dos sexos, ela deveria assegurar a gestação da sociedade civil e dos ‘interesses particulares’, cujo bom andamento era essencial à estabilidade do Estado e ao progresso da humanidade. Naqueles tempos de capitalismo em larga medida familiar, ela assegurava o funcionamento econômico, a formação da mão-de-obra, a transmissão dos patrimônios. Célula da reprodução, fornecia as crianças que, por intermédio das mães-professoras, recebiam uma primeira socialização através da exploração rural ou do atelier artesanal, os primeiros aprendizados. A família, enfim, formava bons cidadãos e, numa época de expansão dos nacionalismo, patriotas conscientes dos valores de suas tradições ancestrais”⁸⁰

Essa foi a moldura que o Código nos legou. No entanto, os valores mudaram. Surge assim a necessidade do direito acompanhar a realidade, aproximar-se dos fatos. No lugar do Código, fechado em sua completude, procura-se formular um sistema aberto⁸¹, que seja capaz de evoluir junto com a sociedade. O Direito de Família transformou-se radicalmente, no sentido da repersonalização das relações jurídicas, como se verá a seguir.

⁷⁹ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioafetividade. p. 40

⁸⁰ PERROT, op. cit., p. 76

⁸¹ CARDOSO, op. cit., p. 44

2.2 Rumo a uma nova família

O caminho para se chegar até os moldes da família contemporânea, demandou inúmeras mudanças através de um longo espaço no tempo. As mudanças na sociedade refletiram-se num novo arranjo para a família.⁸² O Brasil essencialmente rural, dominado por uma pequena elite burguesa, cede espaço para um país em crescente urbanização e industrialização. Nas cidades, os filhos deixam de ser a mão-de-obra barata para a família rural e passam a ser um pesado fardo, que só será economicamente útil numa idade muito maior da aquela de antes. A inevitável consequência desse processo é a redução do número de filhos, fato que permite também aproximação afetiva concreta dos pais para com os filhos⁸³.

Com o ingresso da mulher no mercado de trabalho, sua posição na família também muda. De uma posição de total submissão ao homem, visto que sem ele, a mulher nada podia, esta passa a uma posição um pouco mais privilegiada. Ainda que recebendo menos pelo seu trabalho, o fato de auferir renda conferiu a ela mais liberdade, e permitiu, pela primeira vez, que a mulher se livrasse do jugo do homem e aproximasse a relação do equilíbrio. Isso não aconteceu sem grandes preconceitos e barreiras, mas a luta feminina que se seguiu à entrada dela no mercado de trabalho culminou em vários avanços legislativos ao longo do século. A lei 4.121 de 1962, chamado Estatuto da Mulher Casada, iniciou segundo LIRA, “um processo de democratização da sociedade conjugal, eliminando algumas discriminações existentes contra o cônjuge-mulher no casamento”⁸⁴.

O vínculo jurídico adquirido com o casamento era indissolúvel. Essa rigidez teve como consequência a formação de diversas entidades familiares não regulamentadas. Nos dizeres de CARBONERA, “Inúmeros concubinatos se formaram. As pessoas que desejavam reconstruir suas vidas por meio de uma nova família,

⁸² CARBONERA, op. cit., p. 284. A autora destaca algumas das transformações ocorridas, como “além processo de urbanização, a industrialização ocorrida no país. O ingresso da mulher no mercado de trabalho, o aumento em sua esfera de atuação social, política e jurídica. A transformação da condição social do jovem”.

⁸³ CARBONERA, op. cit., p. 283

⁸⁴ LIRA, op. cit., p. 84

fizeram-no, mesmo que o ordenamento jurídico não abrigasse claramente tal vontade”⁸⁵. O Direito teve que se curvar aos fatos.

Em 1977 veio a possibilidade do divórcio, com a lei 6.515, extinguindo o vínculo jurídico. Ainda que neste momento estivesse limitada a uma única oportunidade, essa lei representou um avanço no sentido de permitir a quebra do vínculo quando o mais importante entre um casal, o afeto, não mais existisse. Com a invenção dos métodos contraceptivos, em especial da pílula, a família alcança o domínio na produção de filhos, possibilitando-se a redução do número de membros e o desenvolvimento da família, já que hoje um grande número de filhos efetivamente empobrece a família.

Transformações importantes ocorreram na situação jurídica dos filhos. No começo do século XIX havia diversas categorias. A preferência legal era pelos filhos havidos dentro do matrimônio. Estes eram os legítimos. Fora desse enquadramento, estavam inúmeros outros filhos, discriminados apenas por nascerem fora do berço reputado ideal pela lei. Usando o vocábulo da época, legitimá-los equivaleria a quebrar com o padrão familiar proposto. Assim, o Código Civil de 1916 era coerente mas, visto com os olhos de hoje, não se pode dizer que era justo. No seu Breve Estudo sobre as Entidades Familiares, o professor LIRA coloca o paulatino avanço do reconhecimento da filiação, através de inúmeras alterações legislativas, que culminou na Constituição de 1988, com a eliminação de diferenças entre os filhos⁸⁶.

Essas transformações mudaram as relações de família. Todas caminharam no sentido da igualdade. Esta foi plenamente atingida somente com a promulgação da Constituição de 1988, que consagrou a igualdade plena entre marido e mulher e também entre os filhos. A nova codificação que se seguiu, nada de novo trouxe. Ao revés, elaborado antes da Constituição, porém aprovado após, suas inovações já constavam do texto constitucional.

⁸⁵ CARBONERA, op. cit., p. 286

⁸⁶ LÓBO, op. cit.

2.3 A família eudemonista

A Constituição de 1988 trouxe um novo paradigma ao Direito de Família ao se afastar do modelo clássico. As mudanças aumentaram o número de entidades familiares, que antes apenas o eram no sentido sociológico, mas agora também são abarcadas por modelos jurídicos.

Antes, como já visto, só havia uma família, aquela formada pelo matrimônio. Como afirma KLEIN, “A família idealizada pelo legislador em 1916, em um modelo patriarcal, heterossexual, matrimonializado e hierarquizado, responsável pela perpetuação do Estado, com ideários oitocentistas tardios, esmoreceu frente à realidade cotidiana das relações familiares”⁸⁷.

Podemos dizer que a nova família vem marcada pela igualdade e liberdade em suas relações. O vínculo jurídico abre espaço para a verdade sócio-afetiva⁸⁸. Os institutos adquirem novas funções e contornos, como o casamento, que de acordo com KLEIN;

“A figura do casamento perde seu caráter transpessoal, dando lugar à realização íntima dos cônjuges, o caráter instrumental do casamento de outrora, vale dizer, seu condicionamento a interesses extrínsecos, nomeadamente da Igreja e do Estado, cede ao recorte pessoal que lhe dão os cônjuges, com vistas à realização mútua”⁸⁹.

Nesse mesmo sentido, CARBONERA explicita o novo espaço da família;

“a família contemporânea é tomada como a ‘comunidade de afecto e entre-ajuda’, espaço onde as aptidões naturais podem ser potencializadas e sua continuidade só encontra respaldo na existência do afeto. É a família eudemonista, pois traduz o meio onde ‘acentuam-se as relações de sentimento entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pressões econômicas e sociais”⁹⁰.

⁸⁷ KLEIN, op. cit., p. 142

⁸⁸ CARBONERA, op. cit., p. 291

⁸⁹ KLEIN, op. cit., p. 144

⁹⁰ CARBONERA, op. cit., p. 292

Na nova configuração de família, onde o número de filhos é reduzido, o sexo ganha novos contornos, pois “deixa de ter caráter unicamente procriativo, para se tornar recreativo. A diferença de concepção é primordial, porque é também através desta gratificação erótica que o casal vai encontrar a plenitude como relação de afeto”⁹¹.

A família, que antes era dirigida pelo pai, o chefe do lar, passa a ter direção diárquica. A mulher está em igual patamar de direitos e deveres conjugais. Temos nova divisão de funções, que “deixou de ser feita prioritariamente em razão do sexo e da idade para levar em conta as aptidões individuais. Valorizada a pessoa, valorizados também seus sentimentos e interesses”⁹². As mudanças abarcam também as relações entre filhos, com bem afirma KLEIN;

“o relacionamento entre pais e filhos transformou-se profundamente, não mais servindo aquele sistema senhoril, partindo-se para um reconhecimento do menor e de sua função dentro da própria entidade familiar. **Esta nova família está voltada para a realização dos interesses de seus indivíduos, não mais em si e por si como instituição (grifos nossos)**⁹³.

Como visto, se revela o caráter instrumental da família⁹⁴. Ao lado da igualdade, a nova família também é marcada pela liberdade. Essa aparece com a possibilidade do desfazimento do vínculo conjugal e da naturalidade com que é visto o rompimento. Livre do compromisso com vínculos jurídicos abre-se espaço para que as pessoas busquem a felicidade, mas ao mesmo tempo tem-se também a correspondente responsabilidade, que implica na autodeterminação, na escolha diária sobre a vida⁹⁵.

O afeto é o elemento central que une a família, qualquer que seja sua configuração. Em decorrência do afeto, o respeito mútuo também se coloca como necessário, pois se restringe a própria esfera de liberdade para a aproximação do outro. Assim assevera CARBONERA;

⁹¹ KLEIN, op. cit., p. 147

⁹² CARBONERA, op. cit., p. 291

⁹³ KLEIN, op. cit., p. 144

⁹⁴ Idem

⁹⁵ Idem

“Mas só podem conviver pessoas que têm afeição e respeito mútuo, sendo ambos necessários para a continuidade da relação familiar. Somente a existência do afeto faz com que pessoas restrinjam sua esfera de liberdade, renunciando a determinados desejos, para que outras também possam crescer e se desenvolver, pois o desenvolvimento de uma produz efeitos benéficos a todas.

Em que pese soar estranho tratar de renúncia ou restrição a liberdade ao mesmo tempo em que se fala de dignidade e igualdade, somente podem ser dignas e iguais as pessoas que respeitam as outras, e isto acontece de forma voluntária quando se unem em virtude do afeto”⁹⁶.

Essas transformações do Direito de Família surgem como corolário da repersonalização do direito, como afirma CARBONERA;

“A partir do momento em que o sujeito passou a ocupar uma posição central, era esperado que novos elementos ingressassem na esfera jurídica. E foi o que aconteceu com relação ao afeto. A vontade de casar e de permanecer junto a outra pessoa revelou-se um elemento de grande importância tanto na constituição de uma família, assim como em sua dissolução. As pessoas passaram a se preocupar mais com o que sentiam do que com a adequação de seus atos ao modelo jurídico”⁹⁷.

A noção aqui estudada de afeto, não se confunde com a *affectio* do modelo de família patriarcal. A *affectio*, derivada do reconhecimento jurídico da relação e, portanto, tinha sua existência presumida.⁹⁸

O modelo até então existente, família fundada no casamento, deixa de ser o único meio de proteção jurídica de sociedades de afeto. Com a Constituição de 1988 surge o reconhecimento da pluralidade de formas, calcado na valorização do afeto⁹⁹. Assim, o ponto central do Direito de Família contemporâneo é proteção jurídica dada ao afeto, nas suas mais diversas relações.

A seguir será explicitada a pluralidade que se seguiu com a Constituição. Também será visto que a diversidade não se resume aos modelos expressamente citados.

⁹⁶ CARBONERA, op. cit., p. 296

⁹⁷ Ibid., p. 297

⁹⁸ Idem

⁹⁹ KLEIN, op. cit., p. 148

2.4 Pluralidade familiar

A Constituição de 1988 inovou, como visto, em matéria de Direito de Família. Se antes só era família aquela fundada pelo casamento, em 1988 fez-se referência explícita a três modelos juridicamente considerados como família. Manteve-se claro a existência da família matrimonializada, assim como se reconheceu a união estável, entendendo-a como uma família de fato entre um homem e uma mulher sem vínculos formais. Também foi expressamente incluída a proteção a família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Assim, temos encartado no Texto Constitucional a pluralidade familiar, visto que família não mais se restringe àquela formada pelo casamento. Temos três entidades familiares expressamente mencionadas. A doutrina majoritária entende que estamos diante da tipicidade dos direitos familiares. Só o que está previsto na lei está sujeito ao Direito de Família.¹⁰⁰

Com o fim do monopólio do casamento no Direito de Família, surgem importantes questões, levantadas com maestria pelo Professor Paulo Luiz Netto LOBO, em seu artigo Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. A questão a ser debatida é saber se o art. 226 da Constituição Federal constitui um sistema fechado que admite apenas os modelos familiares expressamente mencionados, ou se o referido artigo contempla a pluralidade familiar em *numerus apertus*. Isto é, se seriam possíveis outras famílias além daquelas referidas.¹⁰¹

¹⁰⁰ Essa corrente doutrinária é ampla e encontra adeptos dentre os mais importantes civilistas. Até mesmo em sistemas jurídicos próximos ao nosso, tal concepção também ocorre. Nesse sentido; CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direito de Família e das Sucessões. p. 145. Os direitos e negócios familiares estão sujeitos aos *numerus clausus*, ao contrário do que sucede no Direito das Obrigações, em que vigora o princípio da liberdade contratual, não só quanto ao número dos negócios, como também quanto ao seu conteúdo. Em matéria de Direito da Família, não só podem celebrar unicamente os negócios previstos em lei, como as relações familiares estão sujeitas, em princípio, a um conteúdo pré-fixado na lei.

¹⁰¹ Paulo Luiz Netto LOBO afirma que o pluralismo familiar trouxe duas questões a serem discutidas: a primeira é saber se há hierarquização entre as entidades familiares, e a segunda é saber se elas constituem *numerus clausus*. O autor discorre no artigo sobre a Segunda questão, que tem fundamental importância ao tema deste trabalho. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*.

O referido autor afirma categoricamente *que* “a exclusão não está na Constituição, mas na interpretação”¹⁰². Para se chegar à exegese constitucional que permita afirmar o *numerus apertus* das entidades familiares deve-se atentar para as normas constitucionais de inclusão. O autor coloca três preceitos que permitem chegar a referida conclusão:

a) “Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. (caput)

b) “§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

c) “§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.¹⁰³

É fundamental ressaltar uma mudança na Constituição em vigor. Não se faz mais referência na cabeça do artigo 226 a um modelo de família, algo que havia nas outras Constituições.¹⁰⁴ Não há mais a cláusula de exclusão, como continua LOBO;

“A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos”¹⁰⁵.

No parágrafo 4º do art. 226, o termo ‘também’ denota inclusão, sem, no entanto, excluir. Aqui se deve dar preferência a interpretação que possibilite a mais ampla realização da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁶ O parágrafo 8º também demonstra o câmbio axiológico do novo Texto Constitucional, eis que a proteção é dada a cada um de seus indivíduos, e não à “paz doméstica”¹⁰⁷.

¹⁰² LÔBO, op. cit.,

¹⁰³ LÔBO, op. cit.,

¹⁰⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Fundamentais e Norteadores para a organização jurídica da família. p. 116-117. O autor faz uma rápida recapitulação da nossa história constitucional, começando com nossa primeira Constituição, de 1824, até culminar na atual.

¹⁰⁵ LÔBO, op. cit.,

¹⁰⁶ LÔBO, op. cit.,

¹⁰⁷ LÔBO, op. cit.,

Para Lobo, os tipos mencionados “são meramente exemplificativos, sem embargos de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa”¹⁰⁸.

Para a formação de entidade familiar, nem é necessário a presença de vida sexual ativa. O afeto engloba muito mais do que a mera satisfação sexual. A afetividade pode se dar entre dois irmãos, que vivem juntos, e que sem dúvida formam um lar. Assim, para efeitos da aplicabilidade da Lei da Impenhorabilidade do bem de família assim já se manifestou a jurisprudência:

EXECUÇÃO – EMBARGOS DE TERCEIRO – LEI N 8.009/90. IMPENHORABILIDADE. MORADIA DA FAMÍLIA. IRMÃOS SOLTEIROS. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza de proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. Resp. 159.851 – SP, DJ 22.6.1998.

A exegese feita por LOBO nos leva a conclusão de que uma entidade familiar preenche três requisitos:

- a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico;
- b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida;
- c) ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente¹⁰⁹.

Qualquer entidade que preencha estes requisitos, não pode ser excluída da proteção do Direito de Família. Invocando a dignidade da pessoa humana, o jurista Gustavo TEPEDINO afirma:

“À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado, a entidade

¹⁰⁸ LÔBO, op. cit.,

¹⁰⁹ LÔBO, op. cit.,

familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes”¹¹⁰.

Conclui o professor LOBO para afirmar que: “A discriminação é apenas admitida quando expressamente prevista na Constituição. Se ela não discrimina, o intérprete ou o legislador infraconstitucional não o podem fazer”¹¹¹.

Como visto, é possível vislumbrar uma interpretação constitucional que valorize a pessoa humana, tutelando o afeto entre os membros da entidade familiar, não importando para se atingir a proteção, a forma da família. Nem se exige adequação a modelos prontos, bastando que a entidade preencha certos requisitos gerais. É o que afirma Rodrigo da Cunha PEREIRA;

“Pouco relevante é a obediência a uma padronização, mesmo porque, quando se trata de afeto, isso é impensável. Necessário é compreender que a sociedade comporta a pluralidade de família, num movimento histórico, a partir das demandas íntimas de cada indivíduo. Ao se relacionar e afeiçoar-se a alguém, não deveria fazer parte da preocupação da pessoa a titulação que será dada a este elo. O importante é verificar se há ali um núcleo familiar compondo uma estrutura psíquica, seja com alguém de seu sexo ou de sexo oposto, com filhos ou sem eles, para se ter uma nova vivência afetiva, não obstante a dor de um rompimento anterior”¹¹².

2.5 União Homoafetiva com Entidade Familiar

A admissibilidade de que uniões homoafetivas sejam consideradas entidades familiares, é assunto tormentoso. A opinião dos juristas é informada por outras ciências e pela própria experiência social-religiosa. O debate estritamente jurídico é por vezes, uma forma de esconder a realidade, como se fosse possível colocar embaixo do tapete assunto que mexe com os brios de tantos.

¹¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Novas formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no casamento*. p. 328.

¹¹¹ LÓBO, op. cit.,

¹¹² PEREIRA, op. cit., p. 122.

Ao tratar do assunto, é fácil perder o rumo com discussões inócuas. Assim, veja-se a interessante opinião de Rodrigo da Cunha PEREIRA, ao abordar o tema:

“A decisão sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo não pode significar apologia da homo ou da heterossexualidade, ou de minorias, pois estas divergem nas premissas e argumentos que fundam suas posições. O objetivo de trazer a discussão das relações homoafetivas para o Direito é o de se pensar no ideal de justiça e da não-expropriação da cidadania, a consideração e a inclusão das diferenças no laço social. Particularmente interessa saber se essas relações podem ser discutidas a partir dos marcos teóricos do Direito de Família”¹¹³.

Alguns juristas, como visto, repelem categoricamente a possibilidade de reconhecimento de direitos às uniões homoafetivas. Outros, embora não reconheçam a união homossexual dentro do Direito de Família, antevêm o inevitável avanço, como assevera VENOSA; “será uma questão de tempo mais ou menos longo para a lei admitir direitos mais ou menos amplos às relações afetivas e duradouras entre pessoas do mesmo sexo”¹¹⁴.

Esse reconhecimento, como bem diz Ana Carla Harmatiuk MATOS “parece ser a mais revolucionária modificação no Direito de Família, ao questionar os papéis sociais das pessoas envolvidas”¹¹⁵. Nas relações familiares tuteladas pelo direito, a heterossexualidade como padrão de normalidade das relações afetivas é tão arraigada que no Código Civil nem há menção expressa à diversidade de sexos como requisito ao casamento. Toda a estrutura montada é voltada à família heterossexual. Assim, criou-se em França uma teoria da inexistência do casamento quando o sexo fosse o mesmo. Casamento só entre pessoas de sexo diverso.

Em alguns países ao redor do mundo, como nos EUA, o movimento homossexual luta pela igualdade de direitos, lutando pelo igual direito de casar.¹¹⁶ No Brasil, pouco se fala nesse tom. A luta parece tomar um rumo menos conflituoso com a

¹¹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e União estável. p. 155

¹¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. p. 460

¹¹⁵ MATOS, op. cit., p. 21

¹¹⁶ Ibid., p. 24

ordem dominante ao se propor o reconhecimento jurídico de efeitos às relações homoafetivas, sem, no entanto, haver a equiparação com o casamento.¹¹⁷

Assim, tem-se a heterossexualidade como último dogma do modelo familiar clássico. Como afirma MATOS, “a heterossexualidade é mais uma característica, justaposta à hierarquia, do patriarcalismo e da exclusividade do matrimônio, do modelo familiar tradicional, que está em vias de ser superado”¹¹⁸. A razão de ser o último pilar a ceder é decorrência sem dúvidas da forte carga axiológica que o tema carrega.

Questiona-se também como óbice ao reconhecimento das relações afetivas homossexuais a impossibilidade de procriação humana. É a opinião de CZAJKOWSKI;

“A não configuração de família, nestes casos, é resultante não de uma análise sobre a realização afetiva e psicológica dos parceiros, mas sim da constatação de que duas pessoas do mesmo sexo, não formam um núcleo de procriação humana e de educação de futuros cidadãos. A união entre um homem e uma mulher pode ser, pelo menos potencialmente, uma família, porque o homem assume o papel de pai e a mulher o de mãe, em face dos filhos. Parceiros do mesmo sexo, dois homens ou duas mulheres, jamais oferecem esta conjugação de pai e mãe, em toda a complexidade psicológica que tais papéis distintos oferecem”¹¹⁹.

Todavia, não há como aceitar tais argumentos, pois a inexistência de prole não é essencial para proteção da família pelo direito. Como assevera Maria Berenice DIAS, a “sua falta não enseja sua desconstituição sequer perante o Direito Canônico”¹²⁰. Além disso, um casamento de pessoas com idade avançada, sem qualquer possibilidade de geração de um filho, não é motivo para nulidade do casamento.

Ademais, esse argumento não se coaduna como o novo momento histórico. Nos dizeres da MATOS, “A filiação foi considerada um dos objetivos da família

¹¹⁷ Nesse sentido o projeto já analisado da Dep. Marta Suplicy conferia alguns direitos aos homossexuais, mas sem se referir a uma comunidade familiar, e adotando nomenclatura original, para demonstrar que se trata de coisa diversa.

¹¹⁸ MATOS, op. cit., p. 25

¹¹⁹ CZAJKOWSKI, op. cit., p. 172

¹²⁰ DIAS, Maria Berenice. Aspectos Sociais e Jurídicos. p. 10

clássica. Porém, diante de uma nova realidade histórica, as uniões homossexuais, ao lado das outras entidades familiares, podem prescindir de uma função reprodutiva, tanto quanto a intenção de se criarem filhos não requer uma família formal”¹²¹.

A possibilidade de reprodução não é absolutamente necessária para a configuração da família. Coloca-se como prejudicial e inviável o contato de um casal homossexual com uma criança, como se de doença ainda estivéssemos tratando. Quer se trate de um filho de um deles, fruto de relacionamentos heterossexuais, quer seja fruto da adoção, individual ou em conjunto¹²², a possibilidade de criação por um casal homossexual é vista como perturbadora para a formação psíquica da criança.¹²³

Nos dizeres de CZAJKOWSKI: “O Estado, pela via da adoção, se não pode obrigar a heterossexualidade futura do adotado menor, **não pode incentivar a homossexualidade do mesmo**, através de uma influência que fatalmente vai existir por parte do adotante”¹²⁴. (grifos nossos). Ainda que o autor tenha o cuidado de não colocar tal afirmativa no campo moral, pois para ele também haveria a rejeição nas relações sociais que influenciariam a formação do menor, a interferência na formação psíquica de uma criança criada por um casal homossexual nunca foi comprovada. Ao contrário, recentes estudos, não registra alteração no comportamento da criança, e em especial, não se percebe alteração na sexualidade da criança, que seja decorrente da sexualidade dos pais.¹²⁵ O autor, ao levantar a hipótese da interferência, não apresenta dados concretos ou pesquisas realizadas acerca de tal fenômeno, o que prejudica seu argumento.

Assim, a impossibilidade de procriação não é fundamental à formação de uma entidade familiar. Tampouco, se pode afirmar que o ambiente de um lar homoafetivo é impróprio para a criação e educação de crianças.

¹²¹ MATOS, op. cit., p. 33

¹²² No Brasil não há essa possibilidade. Não há adoção por um casal de pessoas do mesmo sexo. Admite-se por ora, adoção individual, mesmo que o adotante seja homossexual. A primeira hipótese, apesar de não admitida em nosso país, existe na Espanha, e dada a tendência de ampliação em sua admissibilidade justifica-se a menção no texto.

¹²³ CZAJKOWSKI, op. cit., p. 181.

¹²⁴ Idem

¹²⁵ WIKIPEDIA: The Free Encyclopedia. Gay adoption. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Gay_adoption>. Acesso em 20.07.2005

Mas como saber quando uma relação homossexual está albergada pelo Direito de Família? O reconhecimento de uma entidade familiar homossexual depende do preenchimento dos requisitos de afetividade, ostensibilidade e estabilidade. Todavia esses requisitos devem ser vistos sob a ótica das relações homoafetivas, considerando as particularidades dessa relação.

A interpretação do que sejam esses elementos não é igual às relações heterossexuais. A afetividade existente pode não aparecer semelhante ao modelo homossexual. Assim, pode ser complicado e inútil procurar num casal gay o parceiro que desempenhe papel do homem e o que seja a mulher. A ostensibilidade, em relações marcadas pelo preconceito e por isso mesmo escondidas do público, não pode ser a mesma ostensibilidade exigida para casais heterossexuais. A estabilidade, *idem*.

A configuração da família homossexual deve ser vista a partir de seus próprios elementos. Nos dizeres de Paulo Luiz Netto LOBO ao tratar do assunto, “Cada entidade familiar submete-se a estatuto jurídico próprio, em virtude de requisitos de constituição e efeitos específicos, não estando uma equiparada ou condicionada aos requisitos da outra”¹²⁶.

Pelo visto é possível considerar a união homoafetiva como uma das várias formas de formação de vínculo familiar. Importante é a afirmação de Maria Berenice DIAS, para quem, “**mais do que uma sociedade de fato, trata-se de uma sociedade de afeto**, o mesmo liame que enlaça os parceiros heterossexuais” (grifos nossos).¹²⁷

Mesmo diante da falta de regulamentação, trata-se de entidade familiar. A tendência, como informa Rodrigo da Cunha PEREIRA, “é da consideração das uniões homoafetivas como uniões estáveis com os mesmos direitos, deveres e

¹²⁶ LÔBO, *op. cit.*,

¹²⁷ DIAS, *op. cit.*, p. 11

conseqüências patrimoniais, previdenciárias e hereditárias das uniões estáveis heterossexuais”¹²⁸.

¹²⁸ PEREIRA, op. cit., p. 159

3. Aplicação dos Princípios Constitucionais

O Direito de Família é a aplicação direta de regras constitucionais. Na Constituição de 1988 temos esboçado o desenho básico do Direito de Família brasileiro. No entanto, este não se esgota nas regras do art. 226, devendo também informar as relações familiares, os princípios fundamentais presentes no Texto Constitucional. Interessa discutir o alcance e o conteúdo de princípios basilares no direito, como a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade. O estudo conjunto nos dá o sentido completo do referido ramo.

3.1 Dignidade da pessoa humana

Pode-se dizer que a defesa dos direitos dos homossexuais encontra guarida direta no princípio da dignidade humana, por ser este expressão dos valores mais caros e que ensejam a mais alta proteção pelo Estado.

O referido princípio é encarado hoje como um macroprincípio. Vários outros princípios e valores estão contidos dentro dele, como a liberdade, cidadania, igualdade e solidariedade¹²⁹. A sua amplitude é grande, de modo a abarcar grande parte das relações jurídicas. Como afirma Rodrigo da Cunha PEREIRA, “embora essa noção esteja vinculada à evolução histórica do Direito Privado, ela tornou-se também um dos pilares do Direito Público, na medida em que é o fundamento primeiro da ordem constitucional, e, portanto, o vértice do Estado de Direito”¹³⁰.

¹²⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais e Nortecedores para a organização jurídica da família*. p. 68

¹³⁰ PEREIRA, op. cit., p. 67

Por informar um sem número de situações a expressão acaba sendo vulgarizada, o que, sem dúvida, prejudica a sua compreensão, mas não diminui a sua importância.¹³¹

Essa apareceu no ordenamento jurídico pátrio com a Constituição Federal de 1988. A sua importância é tal que a nossa Constituição a coloca como fundamento do Estado Democrático de Direito.¹³² Está presente também nas cartas constitucionais moderna de vários países, como a Alemanha, Portugal, Espanha e Rússia.¹³³ Mas a sua formulação é mais antiga. Vem desde Kant a noção da dignidade da pessoa.¹³⁴ Com bem resume GIORGIS, o princípio da dignidade humana “alicerça-se na afirmação kantiana de que o homem existe como um fim em si mesmo e não como mero meio (imperativo categórico), diversamente dos seres desprovidos de razão que têm valor relativo e condicionado e se chamam coisas; os seres humanos são pessoas, pois sua natureza já os designa com um fim, com valor absoluto”¹³⁵.

Hoje não se admite que um Texto Constitucional de uma democracia seja redigido sem a contemplação expressa do princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Rodrigo da Cunha PEREIRA, “uma Carta de Direitos que não reconheça essa idéia ou que seja incompatível com ela é incompleta ou ilegítima, pois se tornou um valor e uma necessidade da própria democracia”¹³⁶.

Nem tampouco é suficiente para a devida tutela da pessoa humana a simples menção na Constituição. Faz-se necessário a concretização do princípio. É o que afirma GIORGIS, “a idéia de dignidade humana não é algo puramente apriorístico, mas que deve concretizar-se no plano histórico-cultural, e para que não se desvaneça

¹³¹ Ibid., p. 70

¹³² Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana.

¹³³ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A Relação Homoerótica e a Partilha de Bens* p. 151

¹³⁴ Rodrigo da Cunha PEREIRA coloca que, segundo Kant, “O valor intrínseco que faz do homem um ser superior às coisas (que podem receber preço) é a dignidade; e considerar o homem um ser que não pode ser tratado ou avaliado como coisa implica conceber uma denominação mais específica ao próprio homem: pessoa. Assim, o homem, em Kant, é decididamente um ser superior na ordem da natureza e das coisas. Por conter essa dignidade, esse valor intrínseco, sem preço e acima de qualquer preço, que faz dele pessoa, ou seja, um ser dotado de consciência racional e moral, e por isso mesmo capaz de responsabilidade e liberdade. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. op. cit., p. 69

¹³⁵ GIORGIS, op. cit., p. 151

como mero apelo ético, impõe-se que seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa¹³⁷.

Continua GIÓRGIS, afirmando ser a dignidade da pessoa humana “simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral”¹³⁸. Como limite, a dignidade é direito personalíssimo, inafastável, por decorrer de sua própria condição humana. Como tarefa, deve o Estado conduzir suas atividades de forma a criar e manter condições para o exercício pleno das possibilidades da pessoa.

O Direito de Família, como visto ao longo do presente trabalho, tem um longo histórico de agressões à dignidade da pessoa humana. Vários exemplos aparecem, como a posição de inferioridade da mulher em relação ao homem; a discriminação na proteção de filhos havidos fora do casamento; e a existência de somente um modelo familiar, qual seja, aquele oriundo do casamento¹³⁹. Por isto, pode-se afirmar a iniquidade da não consideração da pluralidade familiar *numerus apertus*, ao não se reconhecer como família a união entre duas pessoas do mesmo sexo.

Em que pese a importância do referido princípio hodiernamente, não há consenso sobre seu conteúdo. Na interpretação do que seja dignidade, muito embora seja possível discorrer abstratamente, é diante de um desafio concreto que o princípio ganha densidade. Mas isso não garante um entendimento pacífico acerca da amplitude da dignidade. Como exemplifica Rodrigo da Cunha PEREIRA, este princípio tem tamanha elasticidade para poder ser utilizado para defender idéias totalmente opostas. Exemplo dado pelo autor é a justificativa de que a mudança de sexo e nome de um transexual pode ser feita com base na dignidade da pessoa humana, assim como o contrário¹⁴⁰.

Assim, vê-se que é relativo o conteúdo de tal princípio, mudando também conforme as especificidades de cada tempo e lugar. A questão é complicada,

¹³⁶ PEREIRA, op. cit., p. 70

¹³⁷ GIÓRGIS, op. cit., p. 151

¹³⁸ Ibid., p. 152

¹³⁹ PEREIRA, op. cit., p. 71

¹⁴⁰ PEREIRA, op. cit., p. 72

pois não raro deve-se compatibilizar a dignidade de uma pessoa com a de outra, e, como bem assevera PEREIRA, “não é tarefa fácil”¹⁴¹.

3.2 Liberdade e Igualdade

Às uniões homossexuais não são conferidos os mesmos direitos das relações de pessoas de sexo diverso. Discute-se aqui se a diferença no tratamento de duas situações próximas, sem, no entanto se confundirem, não estaria a ferir o princípio da igualdade. Também é de discutir o alcance da tutela da liberdade do cidadão no ordenamento jurídico pátrio, vez que há autores que afirmam que a proteção constitucional contra discriminação em virtude de sexo não abarcaria a discriminação em virtude da orientação sexual¹⁴².

A liberdade de amar deve ser assegurada, o que possibilita a afirmação de que essa liberdade é inerente à pessoa humana. Os indivíduos devem ter a proteção para dirigirem seu afeto para outra pessoa, quer do mesmo sexo, quer do sexo oposto. A Constituição Federal de 1988 é a base para a proteção da união homoafetiva, como coloca o professor FACHIN:

“(…) pode ser localizada, a partir do texto constitucional brasileiro que assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (art. 5º da Constituição Federal de 1988), a inviolabilidade da intimidade e a vida privada (art. 5º, inciso X), a base jurídica para a construção do **direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana** (grifos nossos). Assim, como direito fundamental, surge um prolongamento de direitos da personalidade imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária.

O direito personalíssimo à orientação sexual conduz a afastar a identificação social e jurídica das pessoas por esse predicado”¹⁴³.

¹⁴¹ PEREIRA, *op.cit.*, p. 73

¹⁴² FUGIE, Érika Harumi. *op. cit.*, p. 144

¹⁴³ FACHIN, Luiz Edson. *Aspectos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo*. p. 114

Na esteira do que foi afirmado por FACHIN, Ana Carla Harmatiuk MATOS enxerga que o avanço no tratamento equitativo das relações afetivas, em que não haja discriminação pela orientação sexual, não se dará marcando as diferenças. Não será a luta que exalte a diferença que contribuirá para o tratamento digno. Por isso, MATOS fala em 'direito à indiferença' no qual "a manifestação da sexualidade humana diria respeito apenas às pessoas envolvidas e não se traduziria em diferenças de direitos, não merecendo nenhum destaque no campo jurídico"¹⁴⁴.

Assim, pode-se afirmar a liberdade de expressão sexual, a qual se insere dentro do direito inafastável da personalidade. FUGIE coloca essa liberdade como mínimo necessário ao conteúdo do indivíduo:

"a liberdade de expressão sexual, como direito de personalidade, é direito subjetivo que tem como objetivo a própria pessoa. Assim, é dotado de uma especificidade e se insere no **minimum** necessário e imprescindível ao conteúdo do indivíduo. De maneira que o aniquilamento de um direito de personalidade ofusca a pessoa como tal. A esses direitos mais preciosos relativos à pessoa se atribui a denominação de medula da personalidade.

Assim, o direito à orientação sexual, em sendo um direito de personalidade, é atributo inerente à pessoa humana"¹⁴⁵.

A lei deve tratar todos de maneira idêntica. Os que estejam na mesma situação devem receber o mesmo tratamento pela lei. Assim, como afirma GIÓRGIS, "a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas o instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente a todos, sendo este o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral"¹⁴⁶.

A igualdade, portanto, quando se trata de sexo, abarca a orientação sexual homossexual. Isso se dá pelo fato de que alguém, quando dirige seu afeto a outra pessoa, vai ter sua situação jurídica definida pelo seu sexo em referência ao sexo da pessoa escolhida. Assim, ao dizer que uma pessoa tem relações afetivas com outra

¹⁴⁴ MATOS, op. cit., p. 172

¹⁴⁵ FUGIE, Érika Harumi. op. cit., p. 144

¹⁴⁶ GIÓRGIS, op. cit., p. 154

de mesmo sexo ou diverso, estamos a apontar a sua orientação sexual, que só se revela quando analisamos o sexo daquele que escolhe¹⁴⁷.

Assim, a discriminação que ocorre quando alguém escolhe outro do mesmo sexo para se relacionar é discriminação em virtude da orientação sexual, mas na verdade, trata-se de discriminação em virtude do seu próprio sexo¹⁴⁸.

Além disso, a exclusão que aqui ocorre limita a expressão da personalidade destas pessoas, conforme afirma Ana Carla Harmatiuk MATOS;

“cada um deve ter a liberdade de partilha sua intimidade segundo seus desejos de foro íntimo, independentemente da orientação sexual. Impor um determinado modelo, impossível para uma parcela significativa da sociedade, é negar a liberdade de desenvolvimento à personalidade dessas pessoas. Os parceiros das uniões homossexuais não se enquadram nos critérios heterossexistas exigidos para a formalização de sua união afetiva, por motivos alheios à sua vontade. São as razões fundantes de sua personalidade – as características especiais de seu ser -, que determinam a não contemplação de sua união familiar, o que se manifesta contrário à liberdade do estabelecimento de sua expressão afetiva”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Ibid., p. 155

¹⁴⁸ Idem. Nesse mesmo sentido, FUGIE, Érika Harumi. A União Homossexual e a Constituição Federal: Inconstitucionalidade do Artigo 226, §3º, da Constituição Federal? p. 144, “é evidente que o tratamento diferenciado, pela inclinação a um ou a outro sexo, caracteriza uma discriminação à própria pessoa, em razão de sua identidade sexual. Como a orientação sexual só é possível de identificação perante o sexo da pessoa que faz a escolha, é direito que goza de proteção constitucional ante a vedação de discriminação por motivo de sexo. O gênero da pessoa eleita não pode gerar tratamento desigual em relação a quem faz a escolha, sob pena de se estar diferenciando alguém pelo seu sexo: se igual ou diferente do sexo da pessoa escolhida.

¹⁴⁹ MATOS, op. cit., p. 178

Conclusão

O tema abordado é ainda tabu no meio jurídico. Assim como outras questões referentes a sexualidade, o homossexualismo é freqüentemente trazido ao direito num sentido depreciativo, em que há preconceitos de mais e compreensão de menos. Não é outra a razão do péssimo tratamento conferido ao tema. Se a sexualidade é ainda um campo em constante inovação e com revoluções periódicas, é patente que a comunidade jurídica, naturalmente conservadora, apresente resistência ao tema.

Doutrina pertinente à homossexualidade ainda é pouca. Até bem pouco tempo atrás, pode-se afirmar serem insignificantes as páginas relativas ao assunto, em geral nos manuais de medicina legal e direito penal, com visões preconceituosas e ultrapassadas. O fato de pouco se falar, não significa que os juristas nada pensassem a respeito. Manuais de Direito de Família não tinham um capítulo reservado às uniões homoafetivas. Isto representa, na verdade, que os civilistas nem cogitavam considerar tais relações como se de família tratasse. Assim, casamento entre pessoas do mesmo sexo é simplesmente reputado inexistente.

Mas, sobretudo em decorrência do movimento gay, aumentou-se a consciência sobre tais relações que, se antes estavam escondidas dentro do armário, começam agora a mostrar sua cara. Ao redor do mundo, os movimentos obtêm progressos e logram conquistar direitos antes impensáveis. Assim, pode-se casar em uns poucos países do mundo.

Nossa doutrina acordou para esse problema, pendente de uma solução conforme a dignidade de cada cidadão e sua inafastável liberdade, que inclui a de se relacionar conforme os ditames do coração, afastando-se dos condicionamentos da sociedade, que só servem aos conservadores. Em alguns anos, ou melhor, a partir de meados de década de 90 do século passado, inúmeros artigos começam a

aparecer. Neste novo século, já vários livros se referem ao assunto. E não pretendem condenar, mas esclarecer.

O tratamento digno esperado, que não ocorre por preconceito, ainda que inconfessável, precisa ser, hoje, justificado e reclamado, para que um dia seja aceito como natural. Tal mudança radical de atitude já ocorreu em outros momentos da nossa história. A escravidão, que já foi nosso modo de produção econômica, hoje é absolutamente condenada. Em nossa história mais recente, a mulher foi por um longo tempo considerada relativamente incapaz, devendo se submeter aos mandos e desmandos do homem. Hoje, a mulher já conquistou a igualdade formal e caminha para a igualdade material, não só no campo econômico, mas também socialmente. Igualmente, com a pílula, ganhou o direito ao prazer sexual. Essas e outras mudanças no Direito de Família significaram o reconhecimento jurídico do afeto.

A família clássica é patriarcal, patrimonial, matrimonializada e heterossexual. Esse modelo não resistiu às mudanças ocorridas na sociedade brasileira. A família deixou de ser centrada no pai de família para ter direção diárquica. A mulher tem igualdade de direitos e deveres na relação de afeto com o homem, inclusive na criação dos filhos. A preocupação do Código com o patrimônio, o qual era referido na maior parte dos artigos, abre espaço para um novo enfoque. Com a repersonalização, o sujeito ganha posição de destaque e primazia. A família não deve mais ser preservada em detrimento de seus membros, mas antes deve ser a felicidade destes que deve orientar a situação da família. É no interesse de seus membros que a família deve existir. A família é lugar de refúgio e não deve ser considerada como um fim em si mesma. Chamam-na por conta disso, família eudemonista. A única senda permitida aos sujeitos para se atingir a proteção dada pela família era pelo matrimônio. Não é mais, com o advento da Constituição de 1988 abriu-se outros caminhos. Vivemos numa época de pluralidade familiar, com a expressa menção de três tipos familiares. Além do casamento, reconhece-se como família a união estável, que se caracteriza como uma união de afeto sem o vínculo formal do matrimônio, e também a família monoparental, comunidade formada por um dos pais e filhos.

Como visto o modelo de família clássico cedeu em todos os seus pilares, exceto um, a heterossexualidade. Justamente o tema mais polêmico e quizá menos compreendido, resiste a mudanças. Todas as outras mudanças em Direito de Família consumiram tempo. Esta consome mais. É difícil admitir que um relacionamento homoafetivo também é uma espécie de família. A pluralidade familiar advinda com a Constituição de 1998 não deve ser tomada num sentido restritivo. É de se reconhecer que há mais famílias do que as expressamente mencionadas no Texto Constitucional. Ao direito cabe se moldar à sociedade. O direito não pode negar acesso àqueles que não se encaixam no padrão clássico. Mesmo porque esse padrão não pode ser entendido como padrão normal e/ou desejável de família, mas sim o modelo imposto que atendia a uma finalidade. A sociedade atendida por esta finalidade acabou, já se tornou história. Diante dos novos fatos sociais, o direito deve acompanhar, sob pena de se configurar como pura ficção.

Já é tempo de admitir que uniões homoafetivas podem configurar famílias, eis que oriundas do afeto recíproco. É claro que não se encaixam no modelo familiar heterossexual. Por isso assustam ainda mais. Mas um Estado que se pretende Democrático de Direito demonstra sua legitimidade na tolerância com os grupos sociais que não se amoldam nas molduras preestabelecidas. As uniões homoafetivas devem ser reconhecidas, dentro de sua especificidade. Em outros lugares já se conquistaram inúmeros direitos. Nos EUA, por exemplo, luta-se pela igualdade com os casais heterossexuais, incluindo na pauta a possibilidade de casamento. Dentre nós, não se fala por ora em equiparação, mas de reconhecimento da igualdade naquilo que se tem de igual, se no entanto esquecer-se do reconhecimento das diferenças.

Por tudo isso, Maria Berenice DIAS fala que uniões homoafetivas estabelecem, mais que sociedades de fato, sociedades de afeto.¹⁵⁰ Ao mesmo tempo que a nobre jurista afirma o afeto existente em tais relações, o que o torna apto a ser considerado pelo Direito de Família, critica as inovadoras decisões judiciais que, utilizando-se de um artifício empregado décadas atrás para proteção da mulher em relacionamentos fora do casamento, conferem algum direito às relações homoafetivas.

¹⁵⁰ DIAS, op. cit., p. 11

A crítica é correta, pois embora tais decisões sejam um avanço ao conferir algum patrimônio a um dos companheiros, elas pecam ao negar o principal das relações entre pessoas do mesmo sexo, qual seja, o afeto mútuo.

O reconhecimento de direitos às uniões homoafetivas parece ser inevitável num futuro próximo. Outras civilizações já o reconhecem. Por isso, autores como Sílvio da Salvo VENOSA, ainda que não admitam direitos oriundos dessas relações, aceitam que as mudanças estão por vir. Pelas palavras de Venosa, “aguardemos, pois, o curso da História”¹⁵¹. Enquanto a sociedade brasileira não arredar o preconceito pouco se modificará. Felizmente, tem-se dado mostras de um futuro mais digno e acolhedor.

¹⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família p. 460

Bibliografia

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da Família de Fato. De acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406 de 10/01/2002. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BALA, Nicholas; BAILEY, Martha. Controversies about same-Sex couples and children. In: International Survey of Family Law. London: Martines Nijhoff Publishers, 1997. p. 79-103.

BARROS, Sérgio Resende de. A Ideologia do Afeto. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.1, n. 14, jul./ago./set., 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BENCKE, Carlos Alberto. Partilha dos Bens na União Estável, na União Homossexual e no Concubinato Impuro. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.1, n. 14, jul./ago./set., 2002.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direito de Família e das Sucessões. 2ª ed. ver. E atual. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson. Repensando os Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socieafetividade. In: ARONNE, Ricardo [org]. Estudos de Direito Civil – Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v.2.

CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. Brasil Sem Homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

CZAJKOWSKI, Rainer. União Livre: à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96. Curitiba: Juruá, 1996.

DIAS, Maria Berenice. Aspectos Sociais e Jurídicos. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.1, n. 4, jan./fev./mar., 2000.

_____. Efeitos Patrimoniais das Relações de Afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Repensando o Direito de Família. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. União Homossexual: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.372, p. 47-54, out/1996.

_____. Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. Em busca da família do Novo Milênio: (Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FOLHA DE S. PAULO. Lista dos marcos legislativos pelo Mundo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u85251.shtml>>

FUGIE, Érika Harumi. A União Homossexual e a Constituição Federal: Inconstitucionalidade do Artigo 226, §3º, da Constituição Federal? In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.1, n. 15, out./nov./dez., 2002.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A Relação Homoerótica e a Partilha de Bens. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.1, n. 9, abr./mai./jun., 2001.

GOMES, Hélio. Medicina Legal. 26ª Edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

GOMES, Orlando. O Novo Direito de Família. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984.

HART, John; RICHARDSON, Diane [org]. Teoria e Prática da Homossexualidade. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.

HALLSALL, Paul. Lesbian and gay marriage through History and Culture. Disponível em <www.bway.net/~halsall/lgbh-marriage.html>. Acesso em 10.08.2005.

KLEIN, Felipe Partro. Família, entidade familiar e união de indivíduos do mesmo sexo. In: ARONNE, Ricardo [org]. Estudos de Direito Civil – Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v.2.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito Civil Aplicado. Vol. 5. Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento. Curitiba, Juruá: 1991.

LIRA, Ricardo César Pereira. Breve Estudo sobre as entidades familiares. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Repensando o Direito de Família. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 06 jul. 2005.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk . União Entre Pessoas do Mesmo Sexo: Aspectos Jurídicos e Sociais. Del Rey, 2004.

MIRANDA, Pontes de. Tratado De Direito Privado. Tomo VII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Direito de Família. (Direito Matrimonial). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1990.

OLTRAMARI, Fernanda. Uniões Homossexuais: aspectos jurídicos e perspectivas legislativas e jurisprudenciais. Dissertação apresentada em julho de 2003, no Curso de Mestrado Interinstitucional da Universidade Federal do Paraná e Universidade de Passo Fundo.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e União estável. 7ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Direito de Família: uma abordagem psicanalítica. 2ª ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Princípios Fundamentais e Norteadores para a organização jurídica da família. Tese de Doutorado, 2004.

PERROT, Michele [org]. Histórias da Vida Privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. v.4.

_____. O nó e o ninho. Veja 25 anos: Reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993. p. 75-81.

REICH, Wilhelm. A Revolução Sexual. 4ª ed. São Paulo: Círculo do Livro, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SCHLÜTER, Wilfried. Código Civil Alemão – Direito de Família – BGB – FamilienRecht. 9ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no casamento. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TREVISAN, João Silvério. Devassos no Paraíso. São Paulo: Max Limonad, 1986.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

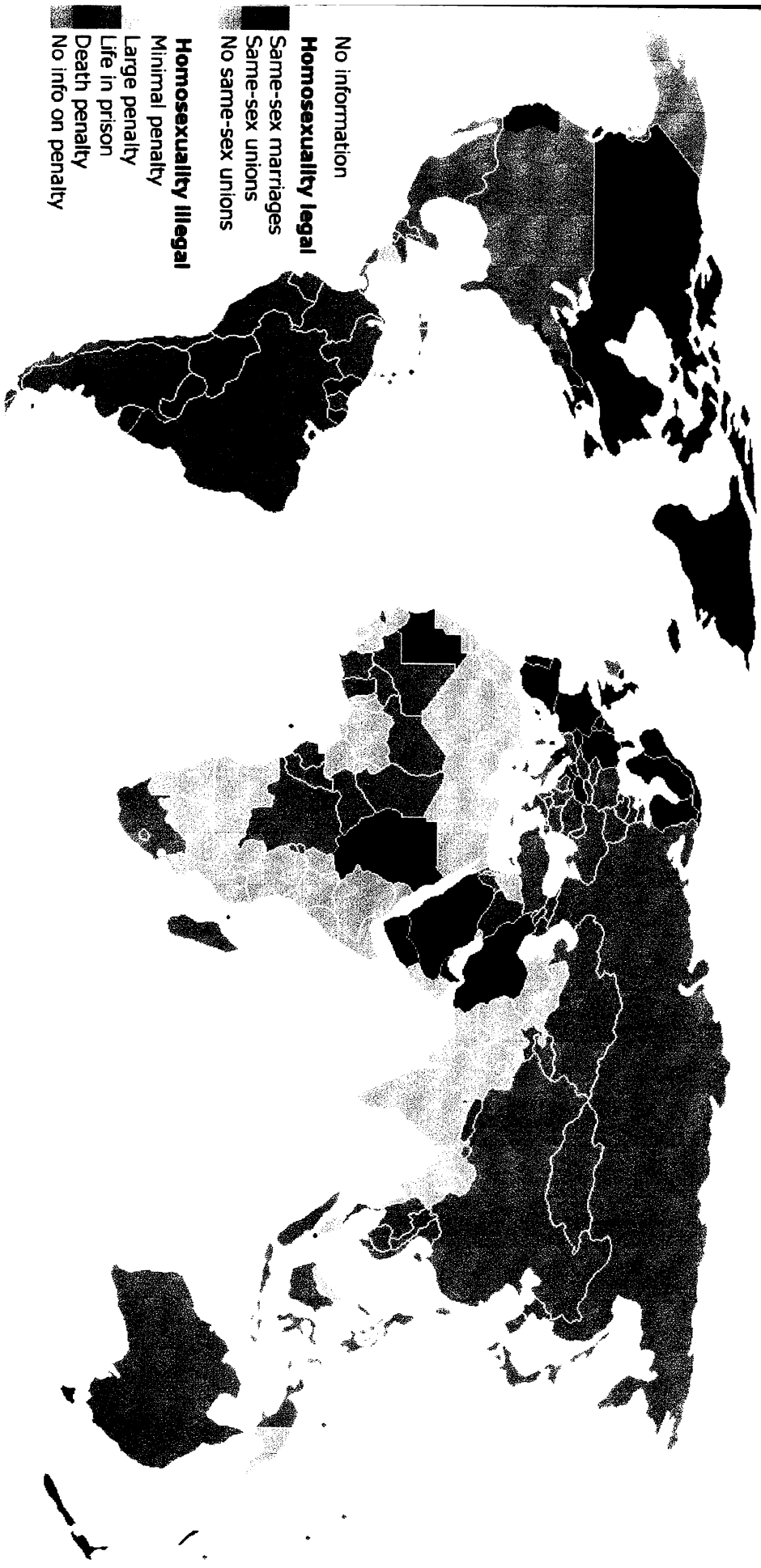
WARKEN, Carlos Eduardo; WARKEN, Roberto Luiz. A instituição da sociedade convivencial entre pessoas de mesmo sexo. A discriminação legalizada e a

oportunidade em afastá-la. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3578>>. Acesso em: 02 jul. 2005.

WELTER, Belmiro Pedro. Estatuto da união estável. Porto Alegre: Síntese, 1999.

WIKIPEDIA: The Free Encyclopedia. Homosexuality and Psychology. Disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Homosexuality_and_psychology. Acesso em 15.09.2005

WIKIPEDIA: The Free Encyclopedia. Gay adoption. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Gay_adoption>. Acesso em 20.07.2005



No information

Homosexuality legal

Same-sex marriages

Same-sex unions

No same-sex unions

Homosexuality illegal

Minimal penalty

Large penalty

Life in prison

Death penalty

No info on penalty