

A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Sandra Figueira Pontual

RESUMO: O trabalho visa contribuir com o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo ordenamento brasileiro. Atualmente, estas uniões não são reconhecidas; não sendo consideradas como uma entidade familiar. Consequentemente, não recebem a proteção especial do Estado, garantida pela Constituição à família. O Estado estabelece uma injusta relação de desigualdade entre os seus cidadãos, apenas pela diferença de orientação sexual. Assim, a necessidade do reconhecimento apresenta-se, aqui, baseada nos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, cidadania, liberdade, entre outros, e nas mudanças e inovações ocorridas na formação das famílias, que se constituem cada vez de formas mais variadas, no reconhecimento do afeto como o elemento caracterizador de uma família e na tendência da repersonalização do direito.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A evolução do direito de família. 1.1. O direito de família. 1.2. A evolução da família. 1.3. O casamento. 1.4. A união estável. 2. A atual situação jurídica da união homoafetiva. 2.1. Situação no direito brasileiro. 2.1.1. O silêncio constitucional em relação à união homoafetiva. 2.1.2. A situação atual no Brasil. 2.1.3. A jurisprudência brasileira. 2.2. Situação no direito estrangeiro. 3. A necessidade do reconhecimento da união homoafetiva. 3.1. A repersonalização da família. 3.2. A sexualidade como um direito de personalidade. 3.3. As famílias plurais e o afeto como principal característica da formação da entidade familiar. 3.4. Os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo contribuir para o estudo da necessidade de reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, sendo regidas, assim, pelo direito de família. Não há, aqui, a preocupação em defender ou criticar essas relações, mas, sim, em analisar o dever que o Estado tem em reconhecê-las e protegê-las, igualmente como se faz com as relações entre um homem e uma mulher, pois elas existem na sociedade

brasileira independente de serem aceitas ou não, e todos os cidadãos devem receber igual amparo legal em suas relações, independente de sua orientação sexual.

Apesar das relações afetivas serem estritamente íntimas, porque nelas as pessoas realmente constroem sua felicidade, encontram seus desejos e sonhos de vida, o Estado, há muito tempo, tomou para si a obrigação de protegê-las, estabelecendo várias regras no casamento, com o intuito de valorizar a constituição e continuação das entidades familiares, consideradas a “base da sociedade”.

Existe, no Brasil, um histórico de preconceito e dificuldade na aceitação da sociedade em relação às pessoas que não se enquadram no padrão pré- estabelecido de vida, seja por grande influência da Igreja Católica e, também, por uma cultura tradicionalista e preconceituosa, a história mostra a grande dificuldade de que os grupos marginalizados, ou mais fracos, possuem para conquistar os seus direitos. Assim foi com as mulheres, os negros, os casais separados, os filhos bastardos, os homossexuais.

A Constituição de 1988 trouxe grandes avanços no direito de família, reconheceu a união estável; igualou os direitos a todos os filhos, sendo eles naturais, adotados ou de relações extramatrimoniais; reconheceu a família monoparental, entre outros. Porém, deixou as relações homoafetivas sem nenhuma proteção do Estado, por puro preconceito, fazendo com que tantas pessoas não tenham reconhecidos seus direitos em relação a sua vida afetiva.

É certo que, hoje em dia, a homossexualidade passa por uma fase de maior abertura, seja pela luta dos homossexuais em busca de seus direitos, seja pela evolução da sociedade em aceitar comportamentos diferentes em relação aos outros, seja pelo distanciamento entre o Estado e a Igreja. Mas, em termos legais, o Brasil não evoluiu. Desde 1995, o Congresso tem entre seus projetos uma proposta que autoriza a parceria civil entre os homossexuais no Brasil, mas, até hoje, esta proposta não foi votada. Além do mais, este projeto regula basicamente as relações patrimoniais.

O problema é que a legislação atual não reconhece essas relações, fazendo com que essas pessoas vivam à margem da lei, sem proteção jurídica em suas relações afetivas e sejam proibidas de gozarem de vários direitos que os casais heterossexuais possuem, como não poder inscrever o parceiro como dependente de servidor público; não podem incluir

parceiros como dependentes de plano de saúde; não podem acompanhar o parceiro servidor público transferido; não têm a impenhorabilidade do imóvel em que o casal reside; não tem garantia de pensão alimentícia em caso de separação; não podem assumir a guarda do filho do cônjuge; não adotam filhos em conjunto.

Quando reconhecidas, por via judicial, são, em regra, definidas apenas como uma sociedade de fato, tratando apenas do direito patrimonial, regidas pelo direito das obrigações e não pelo direito de família.

Algumas conquistas foram alcançadas através do Poder Judiciário, principalmente nos Tribunais do Rio Grande do Sul. Na jurisprudência, já se encontra a analogia da união homoafetiva com a união estável. Mas, a mudança ainda é lenta e as decisões ainda não são uniformizadas.

Enquanto o art. 2º da constituição traz como um dos princípios fundamentais da República a dignidade da pessoa humana e o art. 5º traz, como um dos seus direitos e garantias fundamentais, a igualdade entre todos, ao mesmo tempo, a mesma constituição, não protege as relações homoafetivas, fazendo com que várias pessoas na sociedade fiquem à margem da lei, sendo impossibilitadas de conseguir o gozo de inúmeros direitos que lhe pertencem.

CAPÍTULO 1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

1.1 O DIREITO DE FAMÍLIA

Todos pertencem a uma família, ou construirão uma. Assim o direito de família é um dos ramos do direito que está muito presente na vida das pessoas, faz parte do cotidiano, e é também ligado à vida íntima do ser humano, aos seus sentimentos mais particulares: o amor, o afeto, a felicidade. Sua atuação normalmente está atrelada às emoções e aos sentimentos, tornando-se, assim, um campo do direito muito peculiar.

Apesar de ser uma das mais privadas relações na vida das pessoas, o Estado tomou para si a responsabilidade de ordenar as relações familiares e organizar a sua estrutura, sempre com o intuito de preservar a família, considerada a base da sociedade.

Em face do comprometimento do Estado de proteger a família e ordenar as relações de seus membros, o direito das famílias dispõe de acentuado domínio de normas imperativas, isto é, normas inderrogáveis, que impõem limitações às pessoas. São normas congêntes que incidem independentemente da vontade das partes, daí seu perfil publicista.¹

Cabe ao Estado, em sua intervenção, a organização das relações familiares com o propósito de regular os direitos e deveres de cada um, tornando a sociedade mais organizada, mas, cabe a ele, também, a obrigação de proporcionar as condições necessárias para que as pessoas tenham a sua individualidade garantida e seus anseios atendidos.

Ainda que tenha o Estado o dever de regular as relações das pessoas, não pode deixar de respeitar o direito à liberdade e garantir o direito à vida, não só vida como mero substantivo, mas vida de forma adjetivada: vida digna, vida feliz. A norma escrita não tem o dom de aprisionar e conter os desejos, as angústias, as emoções, as realidades e inquietações do ser humano.²

O direito de família brasileiro sofreu e vem sofrendo várias modificações. A sociedade sempre em constantes mudanças, cada vez mais rápidas, faz com que as normas tenham que se adequar aos comportamentos sociais. A família mudou. De uma estrutura totalmente patriarcal, onde a autoridade pertencia somente ao homem, tendo a mulher apenas capacidade relativa, de uma instituição que tinha como objetivo principal a procriação, para uma família onde os direitos dos homens e mulheres são iguais. Para uma pluralidade de relações familiares, as tradicionais, formadas por pais e filhos, mas também as formadas por casais sem filhos, pais ou mães com filhos, uniões estáveis, casais com filhos de casamentos anteriores e seus novos filhos, filhos sem pai, filhos de relações extramatrimoniais, casais de mesmo sexo, todas fundadas no sentimento de afeto.

Mas foi a Constituição Federal de 1988 que possibilitou ao sistema jurídico brasileiro grandes transformações. Baseada no princípio da dignidade humana e sustentando o princípio da igualdade, entre

¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 34.

² PEREIRA, Sérgio Gischkow apud DINIZ, Maria Berenice. Op. cit., p. 25

outros, a Constituição apresentou importantes alterações no direito de família, reconheceu a pluralidade de formas das entidades familiares, normatizando as relações entre homem e mulher não constituídas pelo casamento, a união estável, como também as famílias formadas por um dos pais com os filhos, a família monoparental; estabeleceu igualdade entre os filhos, independentemente de terem sido de relações matrimônias, extramatrimoniais ou adotados; estabeleceu igualdade entre o homem e a mulher, acabando com a referência de pátrio poder, que, agora, deu vez ao poder familiar, entre outros, segundo Rodrigo da Cunha Pereira:

Em outubro de 1988, com a Constituição da República Federativa do Brasil, ficaram consagrados os princípios fundamentais para o ordenamento jurídico brasileiro. Para o direito de família foi uma verdadeira revolução. Foi a partir desta revolução constitucional que se consolidou toda a evolução do direito de família, e que nos autorizamos a estabelecer os princípios fundamentais para a organização jurídica da família. A partir do “espírito” e dos princípios fundamentais da Constituição da República, entre eles o da cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III), é que o direito de família teve que romper definitivamente com as velhas concepções: da ilegitimidade dos filhos, já que todas as formas de filiação foram legitimadas pelo Estado; suposta superioridade do homem sobre a mulher nas relações conjugais; o casamento como única forma de se constituir e legitimar a família. As concepções de inclusão e cidadania instalaram-se definitivamente no direito de família. Assim, a maioria das grandes discussões deste ramo do Direito tornou-se uma questão de Direitos Humanos, pois a elas está ligada a idéia de inclusão ou exclusão na ordem social e jurídica, enfim, a palavra de ordem da contemporaneidade, ou seja, cidadania.³

O Código Civil, acompanhando os conceitos constitucionais, também trouxe evoluções ao direito de família. Poderia este Código ter sido mais inovador e ter trazido algumas outras evoluções para o ordenamento jurídico, como a união homoafetiva, a normatização dos efeitos da mudança de sexo, a filiação socioafetiva, mas não se pode negar a sua importância.

³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. pp. 6-7.

Ainda há muitas mudanças para serem conquistadas dentro do direito de família, pois, numa sociedade onde ainda se encontram muitas formas de preconceito e discriminações, essas mudanças ocorrem a passos lentos, enquanto a sociedade não para de evoluir. As alterações sociais e tecnológicas exigem que o direito as acompanhe, e ainda há vários temas a serem abordados pelo legislador, como as cirurgias de mudança de sexo, a clonagem de células e de pessoas, os úteros de aluguel, os relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo.

1.2. A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

Protegida constitucionalmente por ser considerada a “base da sociedade”, a família é uma união de pessoas que se interligam por laços de sangue ou de afeto. Ao nascer, o indivíduo está ligado aos seus ascendentes e aos seus irmãos e, ao casar, liga-se ao cônjuge e a sua família.

Caio Mario da Silva Pereira, em sua definição de família no sentido genético e biológico, define que:

Considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e irmãos dos cônjuges (cunhados).⁴

Silvio Venosa ensina que: “ainda se pode ser considerada a família sob o conceito sociológico, integrado pelas pessoas que vivem sob um mesmo teto, sob a autoridade de um titular.”⁵

O conceito de família torna-se cada vez mais difícil de ser definido, principalmente com todas as mudanças sociais que fizeram com que as formas de família se multiplicassem.

A verdade é que todos procuram viver em uma família, é ela o maior alicerce de apoio em suas vidas e é nela que se encontram e se vivenciam os sentimentos de afeto, amor, satisfações, realizações e felicidade. Os sentimentos mais nobres da vida dos seres humanos.

⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V. Direito de Família. 16º ed. Rio de Janeiro: 2007.

⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 18.

É considerada a célula da sociedade. O elo que liga os indivíduos entre si. Uma instituição tão importante que o Estado toma para si o dever de protegê-la.

Inicialmente a família tinha como principal função a procriação, junto também com as funções econômica, política e religiosa. Sua estrutura era patriarcal, onde o pátrio poder estava legitimado nas mãos do homem, tendo ele completa autoridade diante da mulher e dos filhos. O homem era considerado o provedor, responsável pelo sustento da família, enquanto a mulher era apenas mera reprodutora, restrita ao ambiente doméstico e à criação dos filhos.

A Igreja possuía enorme influência sobre a sociedade e o Estado, e por muitos séculos a única maneira de se constituir uma família era através do casamento. “Para o cristianismo, as únicas relações afetivas aceitáveis são as decorrentes do casamento entre um homem e uma mulher em face do interesse na procriação.”⁶ diz Maria Berenice Dias.

Com a evolução da sociedade e as diferentes formas das pessoas se relacionarem emocionalmente a concepção de família sofre inúmeras transformações.

A revolução industrial fez com que a mulher ingressasse no mercado de trabalho, dando-lhe mais liberdade e independência em relação ao seu marido; surgem, também, os movimentos feministas e os métodos contraceptivos, a possibilidade de ser mãe através da inseminação artificial e a constante busca das mulheres pelos seus direitos.

Há também um distanciamento entre o Estado e a Igreja, fazendo com que os dogmas e preconceitos cristãos se separem das ações do Estado. Como diz Arnaldo Rizzardo:

Dadas às grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito de família passou a seguir rumos próprios, com as adaptações à nossa realidade e inspirado na secularização dos costumes, perdendo o caráter canonista e dogmático intocável.⁷

A função econômica da família vai perdendo a força, o número de filhos vai diminuindo e a mulher conquistando sua emancipação social e econômica. Afirmo Paulo Lobo: “a função econômica perdeu o sentido,

⁶ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p.42.

⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 8.

pois a família não é mais unidade produtiva nem seguro contra velhice, cuja atribuição foi transferida para a previdência social.”⁸

A função de procriação também perde seu espaço, com o crescimento do número de casais que optam em não ter filhos. Também segundo Paulo Lobo:

A função procracional, fortemente influenciada pela tradição religiosa, também foi desmentida pelo grande número de casais sem filhos, por livre escolha, ou em razão da primazia da vida profissional, ou em razão de infertilidade. O direito contempla essas uniões familiares, para quais a procriação não é essencial. O favorecimento constitucional da adoção fortalece a natureza socioafetiva da família, para qual a procriação não é imprescindível. Nessa direção encaminha-se a crescente aceitação da natureza familiar das uniões homossexuais.⁹

Com a pressão social, o direito também evolui, ainda que tardio, contribuindo para este cenário de mudanças. Foi criado o chamado estatuto da mulher casada, Lei nº4.121, de 27.08.62, com profundas alterações no tratamento dos direitos e do papel da mulher casada, passando ela a poder escolher livremente sua profissão. Há, também, a regulamentação da dissolução da sociedade conjugal através da Lei nº 6.515, de 26.12.1977, entre outros.

Mas são os conceitos e princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988 os verdadeiros responsáveis por grandes mudanças no sistema jurídico brasileiro, muitas no direito de família. Segundo Maria Berenice Dias:

Raras vezes uma constituição consegue produzir tão significativas transformações na sociedade e na própria vida das pessoas como fez a atual Constituição Federal. Não é possível elencar a série de modificações introduzidas, mas algumas, por seu maior realce, despontam com exuberância. A supremacia da dignidade da pessoa humana está lastreada no princípio da igualdade e da liberdade, grandes artífices do novo Estado Democrático de Direito que foi implantado no país. Houve o resgate do ser humano como sujeito de direito, assegurando-lhe, de forma ampliada, a consciência da cidadania. O constituinte de 1988 consagrou, como dogma

⁸ LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 3.

⁹ Idem, ibidem, p. 3.

fundamental, antecedendo a todos os princípios, a dignidade da pessoa humana (CF 1º III), impedindo assim a superposição de qualquer instituição à tutela de seus integrantes. Foram eliminadas injustificáveis diferenciações e discriminações que não mais combinam com uma sociedade democrática e livre.¹⁰

A partir da Constituição de 88 é que são reconhecidos, no sistema jurídico, os novos modelos de família: a união estável e a entidade monoparental, família formada por qualquer dos pais com seus descendentes. Permitindo, também, uma interpretação extensiva, fazendo com que outros modos de família possam ser incluídos. Neste âmbito, não se pode deixar de reconhecer as famílias formadas apenas pelos filhos, sem a presença dos pais, também não cabe o não reconhecimento das famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, que vivem suas relações baseadas nos mesmos preceitos das relações heterossexuais, o amor, o afeto e a vontade de construir uma vida em comum.

A Constituição também reconhece absoluta paridade entre os filhos, independente da origem dos mesmos, havidos do casamento, adotados ou de relações extramatrimoniais. Ensina a referida autora:

O alargamento conceitual das relações interpessoais acabou deixando reflexos na conformação de família, que não possui mais um significado singular. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade. Assim, expressões como ilegítima, espúria, adulterina, informal, impura estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas, nem com referência às relações afetivas, nem aos vínculos parentais. Seja em relação à família, seja no que diz respeito aos filhos, não se admite qualquer adjetivação.¹¹

Pode-se dizer que a família, atualmente, é vista de uma forma bem diferente, é reconhecida como uma entidade onde o que predomina é a vontade de convivência mútua, buscando construir uma vida em comum e, principalmente, baseada na relação de afeto, deixando para trás as suas antigas funções econômicas e procracional. Constata Paulo Lobo:

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. Op.cit., pp. 38-39.

¹¹ Idem, ibidem, p. 39.

A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito.¹²

A família atual não é mais apenas a principal instituição da sociedade que merece larga proteção do Estado, onde o direito priorizava a preservação dos interesses patrimoniais. Ela é o espaço para que as pessoas conquistem suas realizações existenciais, ela é o lugar para ser feliz.

A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que marcou o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vinculada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador – a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização.¹³

1.3. O CASAMENTO

Há tempo, o Estado tomou para si a responsabilidade de proteção à entidade familiar e normatizou a união entre o homem e a mulher através do instituto denominado casamento, estabelecendo inúmeras regras - tanto para a sua celebração como para a sua vivência e também os direitos e os deveres dos cônjuges.

Há várias definições para o casamento. Segundo Clóvis Bevilácqua:

O casamento é um contrato bilateral e solene pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo

¹² LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 11.

¹³ Idem, ibidem, p. 12.

a mais estreita comunhão de vida e de interesse, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.¹⁴

Já Washington de Barros Monteiro conceitua como “a união permanente entre homem e mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”¹⁵

Essas definições se enquadram em épocas passadas, quando o casamento tinha que durar para sempre, era indissolúvel, não sendo permitido o divórcio ou qualquer tipo de dissolução de vínculo matrimonial, o que só veio a ocorrer no ano de 1977, com a Lei nº 6.515/77. Quando também era a única maneira de constituição de família reconhecida pelo mundo jurídico e o seu principal objetivo era a procriação.

Arnaldo Rizzardo conceitua o casamento como

Um contrato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para constituir uma família e viver em plena comunhão de vida. Na celebração do ato, prometem elas mútua fidelidade, assistência recíproca, e a criação e educação dos filhos.¹⁶

Percebe-se através das definições citadas que o casamento é considerado a união entre um homem e uma mulher, sendo requisito essencial para sua celebração a diversidade de sexo entre os nubentes

O Código Civil de 2002 traz em seu artigo 1.514 que “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.”, exigindo a obrigatoriedade de sexos diferentes para a realização do casamento.

O casamento é sem dúvida o centro do direito de família. Apesar da Constituição de 1988 ter reconhecido outras formas de entidade familiar, o casamento ainda é a forma mais utilizada para a constituição da família, tanto por ser o modo mais antigo, tradicional, como também pela força

¹⁴ BEVILÁQUA, Clóvis “Direito de Família” apud DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁵ MONTEIRO, Washington de Barros apud VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 43.

¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: Lei nº10.406, de 10.01.2002*. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.17.

da religião na sociedade brasileira, que considera o casamento como sacramento.

Abrange tanto o ato de celebração, normatizado através do Código Civil, quanto à relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial, caracterizada pela comunhão de vidas. Gera vínculos entre os cônjuges e também com os parentes do cônjuge, o vínculo por parentesco ou afinidade, como os sogros e cunhados. Estabelece também relações patrimoniais entre o casal, que é definida através do regime de bens escolhido por eles.

Gera, também, deveres de fidelidade recíproca; vida em comum; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; e respeito e consideração mútuos.

Porém o mais importante efeito jurídico é a constituição de uma família. É a família que é protegida pela Constituição, conforme o art. 226: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

A principal motivação para o casamento são os sentimentos de amor e de afeto, e a vontade de construir uma vida em comum baseada em companheirismo e divisão. Hoje, já não cabe mais definir casamento como uma união indissolúvel que tem como seu maior objetivo a procriação. As pessoas não mais se dispõem a permanecer casadas sem estar satisfeitas e felizes com a relação e, cada vez mais, há casais que optam por não ter filhos.

1.4. A UNIÃO ESTÁVEL

Apesar da grande quantidade de uniões informais sem a constituição do casamento encontradas na sociedade desde épocas remotas, o legislador só veio a reconhecê-las como instituição familiar com a Constituição de 1988. Sempre com a presença do preconceito, as normas jurídicas normalmente se mostram atrasadas diante da evolução social, fazendo com que muitas pessoas vivam à margem da lei. Até mesmo os filhos, quando não provenientes do casamento, tiveram seus direitos renegados durante muito tempo neste país.

O divórcio no Brasil só foi reconhecido em 1977, antes disso os desquitados não podiam, de forma alguma, contrair outra relação de direito, pois o desquite não dissolvia a sociedade conjugal, impedindo novo casamento, facilitando, então, o aumento do número de famílias não protegidas pelo Estado.

Mesmo diante da reprovação social e da falta de proteção do Estado aos envolvidos, estas uniões não deixam de existir. Não há lei, nem de Deus nem dos homens que proíba o ser humano de buscar a felicidade, diz Maria Berenice Dias.¹⁷ E quando se encerram, por morte de um dos companheiros ou pela separação, os envolvidos vão buscar no Poder Judiciário os seus direitos.

A união estável vem a ser reconhecida como entidade familiar através do art. 226, § 3º, CF que dispõe que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Atualmente, o Código Civil regulamenta estas relações, conceituando-as como uma relação configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Traz como deveres dos companheiros a lealdade, o respeito e assistência mútua, e a guarda, sustento e educação dos filhos. Há de se observar que não engloba, como no caso do casamento, a fidelidade e a vida em comum no domicílio.

Também possibilita que a pessoa casada, separada de fato ou judicialmente, possa estabelecer união estável, o que não acontece em relação ao casamento, sendo inclusive um dos casos impeditivos a sua realização. Estabelece o regime de comunhão parcial de bens, caso não tenha havido contrato em contrário.

Ficam ainda à margem da lei as uniões formadas pelas pessoas impedidas de casar, denominadas de concubinato. Pois só foi reconhecida a união entre pessoas livres: pessoas solteiras, as separadas de fato ou judicialmente, divorciadas e viúvas, antes também consideradas como concubinato. Resta, então, ao concubinato adúltero, ainda não protegido pelo ordenamento jurídico, a busca de soluções através do ramo obrigacional.

A união estável nasce apenas da convivência entre o casal, não se sujeita a exigências formais, ao contrário do casamento que só se constitui após sua celebração. Não é necessária a manifestação de vontade entre os companheiros para que se produzam os efeitos jurídicos. Sendo possível que, mesmo não havendo a vontade de constituir a união, o Judiciário decida que ela existe.

Agora, por estarem protegidas pelo Estado, estas uniões vão deixando aos poucos de serem livres, pois se tornam obrigadas a obedecer ao regramento imposto pelo Estado.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p.155.

Este é um paradoxo com o qual é preciso aprender conviver, pois, ao mesmo tempo em que não se quer a intervenção do Estado nas relações mais íntimas, busca-se a sua interferência para lhes dar legitimidade e proteger a parte economicamente mais fraca.¹⁸

Paradoxo à parte, o fato é que foi de grande importância - apesar do atraso, infelizmente comum na legislação do país - o reconhecimento da união estável como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro.

CAPÍTULO 2

A ATUAL SITUAÇÃO JURÍDICA DA UNIÃO HOMOAFETIVA

2.1. SITUAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A homossexualidade já foi vista como pecado, como doença ou como desvio de personalidade, mesmo existindo desde que o mundo é mundo, ainda hoje alguns ainda insistem em considerá-la um comportamento desvirtuoso. Conforme Rios:

A homossexualidade há que ser vista a partir de um pluralismo sexual, estruturada pela escolha individual. Sendo essa escolha mais um elemento no estilo de vida da pessoa, que deve ser respeitado pelo simples fato de integrar a personalidade daquele indivíduo determinado.¹⁹

A homossexualidade é definida como a relação afetiva entre duas pessoas do mesmo sexo. Até 1985, foi considerada uma doença de desvio ou transtorno sexual pelo Conselho Federal de Medicina, que deixou de

¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha apud DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 158.

¹⁹ RIOS, Roger Raupp apud BRAUNER, Maria Claudia Crespo; SCHIOCCHET, Taysa. "O reconhecimento jurídico das uniões estáveis homoafetivas no direito de família brasileiro." In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Coord.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*, São Paulo: Método, 2005. p. 321.

considerá-la como tal, tornando sem efeito o código 302 da Classificação Internacional de Doenças (CID), passando ao capítulo Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais. Na última revisão, de 1995, o sufixo “ismo”, que significa doença, foi substituído pelo sufixo “dade”, que significa modo de ser. Atualmente, se entende que não se trata de doença, problema mental ou emocional, mas apenas de uma das variantes da sexualidade humana.

Apesar de vários estudos, ainda não se chegou a uma constatação exata do que faz a pessoa sentir atração pelo mesmo sexo. O fato é que o homossexualismo existe desde o começo das civilizações, e não apenas entre os homens, mas, também em animais de diversas espécies. E cada vez mais se encontram pessoas do mesmo sexo formando um casal e vivendo embaixo de um mesmo teto com pretensões iguais a um casal heterossexual.

Todavia, a maior barreira a ser transportada é a do preconceito, tanto moral, político como ideológico. A sociedade costuma ignorar os modelos de vida que fogem dos padrões tradicionais, e essas pessoas ficam desprotegidas em suas relações jurídicas. Foi assim em toda a história, o negro, a mulher, o pobre, os desquitados, os filhos bastardos, a concubina, o homossexual, o transexual, são exemplos pulsantes do preconceito que assola a sociedade brasileira.

Independente da escolha do modo de vida que as pessoas levam, todos, igualmente e sem discriminações, possuem direitos iguais. Não pode uma nação fechar os olhos para os acontecimentos sociais e deixar de lado parte de seus integrantes apenas por puro preconceito, é uma total injustiça.

Alguns países já regulamentaram as relações homossexuais, mas o Brasil, país ainda tradicional e com grande influência cristã, ainda não conseguiu regulamentá-las. Com a falta de normatização legal, as decisões vão parar nas mãos do Poder Judiciário, onde, na maioria das vezes, são caracterizadas apenas como sociedade de fato, abrangida pelo direito das obrigações. Mas, não se pode negar que este Poder também está contribuindo, e muito, para o reconhecimento destas relações.

2.1.1.1. OSILÊNCIO CONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO À UNIÃO HOMOAFETIVA.

A Constituição Federal de 1988, apesar de ter trazido grande evolução ao direito de família, como o reconhecimento da união estável e da família

monoparental, silenciou acerca da relação formada por pessoas do mesmo sexo.

Em seu artigo 226, § 3º, dispõe que a união estável reconhecida como entidade familiar é formada entre o homem e a mulher, deixando assim, as relações homossexuais desprotegidas, à margem da lei. Todavia, não há, no texto constitucional, vedação de relacionamento entre pessoas do mesmo sexo.

Fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, tendo como um de seus objetivos a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como também garantidora da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, a Constituição se apresenta como grande protetora e reconhecidora dos direitos do ser humano. Diante de todas essas garantias constitucionais que configuram o Estado Democrático de Direito, é essencial a inclusão de todos os cidadãos na tutela jurídica. Não há como encontrar outra razão, que não seja o preconceito social, para justificar o silêncio do legislador em relação às uniões homoafetivas.

No dizer de Maria Berenice Dias:

O repúdio social a segmentos marginalizados e excluídos acaba intimidando o legislador, que tem enorme resistência em chancelar leis que visem a proteger a quem a sociedade rejeita. Por puro preconceito, não aprova leis voltadas a minorias alvo da discriminação.²⁰

Seguindo a tendência constitucional, o Código Civil também silencia acerca destas uniões. Seu projeto original iniciou-se em 1975, bem antes da promulgação da Constituição, que introduziu grande ordem de valores no ordenamento jurídico. O Novo Código teve, assim, que passar por diversas mudanças para se adequar aos novos conceitos inseridos. “Assim, o novo Código, embora bem-vindo, chegou velho.”²¹, apesar dos remendos sofridos, o Código não conseguiu atingir a atualidade e clareza necessárias para dirigir a sociedade dos dias de hoje. Deixou de normatizar assuntos como a guarda compartilhada, a filiação socioafetiva e uniões homoafetivas.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.184.

²¹ Idem, *ibidem*, p. 31.

Na falta de legislação acerca do tema, os homossexuais vão buscar seus direitos através do Poder Judiciário, que, por sua vez, também possui seus limites acerca do assunto. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

A omissão legal gera resistência nos juízes de reconhecer juridicidade às uniões homossexuais. Interpretam a falta de lei como correspondendo à vontade do Estado em não querer lhes conceder direitos, quando a motivação é bem outra: o preconceito. Esse mesmo preconceito gera também no judiciário enorme dificuldades em identificá-las como entidade familiar, como se as características anatômicas dos parceiros impedissem a vida em comum com os mesmos propósitos das relações heterossexuais.²²

Não se pode negar a importância dos grandes avanços que o Judiciário possibilita em suas decisões acerca do tema, mas o reconhecimento e a proteção das relações homossexuais ficam, em regra, restritos aos aspectos patrimoniais, ignorando os fatores afetivos – principal característica destas relações – e tratando-as apenas como uma sociedade de fato, normalmente enquadrada no art. 981, do Código Civil: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.”

Assim, enquanto as relações heterossexuais têm proteção especial do Estado, e são abrangidas pelo direito de família, as relações entre pessoas do mesmo sexo não recebem esta proteção. “A depender da identidade sexual do parceiro, diferenciada a tutela jurídica que se outorga. Mesmo idêntica a postura dos conviventes e a natureza do vínculo que os une, receberão tratamento desigualitário”, diz Maria Berenice Dias.²³

Apesar de serem encontradas decisões que reconhecem estas relações como análogas à união estável, a proteção apenas com o setor patrimonial é visivelmente nítida, podemos destacar alguns julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOSSEXUAL.
IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO À UNIÃO ESTÁVEL.
O relacionamento homossexual entre duas mulheres não se

²² Idem, *ibidem*, p. 184.

²³ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 185.

constitui em união estável, de modo a merecer a proteção do Estado como entidade familiar, pois é claro o § 3º do art. 226 da Constituição Federal no sentido da diversidade de sexos, homem e mulher, como também está na Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, bem como na Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. Entretanto, embora não possa se aplicar ao caso a possibilidade de reconhecimento de união estável, em tendo restado comprovada a efetiva colaboração de ambas as partes para a aquisição do patrimônio, impõe-se a partilha do imóvel, nos moldes do reconhecimento de uma sociedade de fato. Apelo parcialmente provido. (Apelação Cível Nº 70007911001, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em 01/07/2004)

RECURSO ESPECIAL. RELACIONAMENTO MANTIDO ENTRE HOMOSSEXUAIS. SOCIEDADE DE FATO. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE. PARTILHA DE BENS. PROVA. ESFORÇO COMUM. Entende a jurisprudência desta Corte que a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado. “Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido” (Recurso Especial nº 648.763/RS, Superior Tribunal de Justiça, Relator o Ministro CÉSAR ÁSFOR ROCHA, DJ de 16-04-2007).

Ter toda uma história de vida, onde as principais finalidades são o amor, a vida em comum, a busca da felicidade, resumida apenas em uma sociedade de fato é um fim bem cruel para essas relações. Nitidamente injusto. Quando o motivo é a morte de um dos parceiros, a injustiça se torna ainda mais evidente, pois o sobrevivente irá adquirir apenas a meação dos bens, quando provada a sua colaboração, fazendo com que a outra metade fique com os familiares do de cujus, que, muitas vezes, hostilizam a sua opção sexual.

Fora as consequências elencadas, o reconhecimento apenas como união de fato também afasta os direitos de alimentos e sucessórios destas relações e a deixam fora do manto do direito de família, fazendo com que estejam apenas cobertas pelo direito das obrigações, diferenciando-as, cada vez mais, das decisões tomadas quando composta por casal heterossexual, que tem o abrigo do direito de família e todas as prerrogativas concebidas pelo Estado para esta união.

2.1.2 A SITUAÇÃO ATUAL NO BRASIL

O Brasil ainda não possui norma jurídica que regule a união homoafetiva. Como já visto, a Constituição e o Código Civil silenciam acerca do tema. O grande preconceito da sociedade a essas relações gera uma resistência ao legislador em normatizar este tema, visando não constranger o seu eleitorado. Do outro lado, se encontra o Poder Judiciário, onde os juízes, em face da lacuna da lei, decidem com base nos princípios constitucionais, evocando, principalmente, a dignidade da pessoa humana e a igualdade, e, através da analogia, mas, muitas vezes, tratando, nessas relações, apenas o caráter patrimonial e não o vínculo afetivo.

Desde 1995, tramita, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº1.151/95, de autoria da então deputada Marta Suplicy, objetivando disciplinar a “união entre pessoas do mesmo sexo”. Foi formada Comissão Especial destinada a promover um parecer preliminar ao projeto, que se pronunciou favoravelmente a sua constituição, resultando num Substitutivo ao Projeto, em 1996. Para não ter a possibilidade de ser confundida com o casamento, houve uma troca de nomenclatura de união civil para parceria civil registrada. Até hoje, o projeto ainda não foi votado.

O Projeto lida principalmente com as questões patrimoniais, mas também consegue abarcar algumas questões pessoais, não se podendo negar sua importância em proteger legalmente essas relações.

Matheus Teixeira da Silva mostra posição contrária a esta lei; de acordo com este autor:

Ao pretender o Estado tutelar situações idênticas (uniões afetivas) de formas díspares, incorre no gravíssimo equívoco de conferir diferentes status aos diferentes grupos sociais aos quais as normas se dirigem. Inegável que o casamento possui status jurídico superior ao contrato da parceria civil. Igualmente inegável que o reconhecimento social ao casamento seria diferente ao de uma união legalizada sob o permissivo da “parceria”. Assim, inequívoca seria a preferência do Estado em relação ao grupo tutelado pelo instituto do casamento, isto é, as uniões heterossexuais.²⁴

²⁴ SILVA, Matheus Teixeira da. “A (im)possibilidade jurídica do casamento homossexual no direito brasileiro e a (in)adequação da parceria civil.” Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=481>. Acesso em 18/03/2009.

Se todos são iguais perante a lei, realmente não se encontra razão em estabelecer um novo padrão de constituição de união afetiva apenas por serem formadas por pessoas do mesmo sexo, se todas as relações estão fundadas no afeto e possuem as mesmas intenções de convivência, vida em comum e construção de uma família, não há motivos para serem normatizadas de maneiras diferentes.

No campo previdenciário, encontra-se, com enorme significado, a Instrução Normativa nº25/2000 do INSS, que estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual. A decisão que motivou a expedição da referida instrução normativa foi intentada pelo Ministério Público Federal contra o INSS, na 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre. Fundamentada na violação do respeito à dignidade humana e ao princípio da isonomia, que proíbe a discriminação sexual. A sentença prolatada determinou a inscrição do companheiro de segurado homossexual como seu dependente principal, garantindo a percepção de auxílio reclusão e pensão por morte do benefício.

Apesar do caráter administrativo de tal regra, é a primeira normatização que contempla as relações homossexuais, primeiro passo para enlaçar na esfera da juridicidade tais relacionamentos.²⁵

A Prefeitura do Recife, na lei nº16.730/2001, reconhece como beneficiários previdenciários de seus servidores o companheiro ou companheira homossexual. A regulamentação do decreto do então prefeito João Paulo foi publicada no Diário Oficial em março de 2002.

O Estado de Sergipe traz, em sua constituição, como garantia individual a proteção contra a discriminação por motivo de orientação sexual, como se vê no texto a seguir:

Art. 3º O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes:

II - proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou

²⁵ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 115.

sensorial, convicção político-ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei.

Do mesmo modo, o Estado do Mato Grosso também apresenta, na sua Constituição, esta proteção, garantida tanto pelo Estado quanto por seus Municípios, dispõe o art.10, III: “a implantação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição”.

Também de autoria de Marta Suplicy, tramita, no congresso, a PEC 139/95, que tem o objetivo de alterar os artigos terceiro e sétimo da Constituição Federal, com a inclusão da liberdade de orientação sexual nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Mas, semelhante ao Projeto de Lei nº1.151/95, encontra-se arquivada desde o ano de 1999.

Encontra-se, também, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 2.285/2007, apresentado pelo Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), que dispõe sobre o Estatuto das Famílias, elaborado pelo IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), com o objetivo de revogar os dispositivos que regulamentam as Famílias nas Leis nºs. 10.406, de 2002 (CC/02); 5.869, de 1973; 5.478, de 1968; 6.015, de 1973; 6.515, de 1977 e 8.560, de 1992; além do Decreto-Lei nº 3.200, de 1941. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2007). Tem a finalidade de reconhecer a união estável, a união homoafetiva, a família parental, monoparental e pluriparental como entidades familiares, possibilitando a legitimação de direitos e deveres ainda não reconhecidos. Em sua justificativa, encontra-se a seguinte concepção: se os cidadãos brasileiros trabalham, pagam impostos, contribuem para o progresso do País, é inconcebível interditar-lhes direitos assegurados, em razão de suas orientações sexuais. Em seu Capítulo IV, normatiza a união homoafetiva, conforme teor a seguir:

CAPÍTULO IV DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se:

I - guarda e convivência com os filhos;

II - a adoção de filhos;

III - direito previdenciário;

IV - direito à herança.

Os Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul, Paraíba e o Distrito Federal, assim como as cidades de Recife, Blumenau, Salvador, Belo Horizonte, Londrina e Campinas possuem leis que garantem proteção contra a discriminação em virtude da orientação sexual. Estabelecem sanções às pessoas jurídicas que a violam, podendo, até mesmo, acarretar na cassação do alvará de funcionamento destes estabelecimentos.

2.1.3 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Com a ausência de leis que regulamentem estas relações, resta ao Poder Judiciário a responsabilidade de tomar as decisões advindas destas uniões. Os juízes se socorrem do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina a aplicação da analogia, dos costumes e princípios gerais do direito. Fundamentam-se, também, nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade.

A falta de normatização também contribui para a não uniformização das decisões, o que acarreta insegurança jurídica e injustiças, quando casos concretos semelhantes recebem soluções diferentes.

As maiorias das decisões estão longe de reconhecer como entidade familiar as uniões homoafetivas. O reconhecimento é o da sociedade de fato, valorizando apenas o aspecto patrimonial da relação, confinando-as ao direito obrigacional, não possuindo a proteção do direito de família. Assim, a competência das demandas é das varas cíveis, normalmente, não são reconhecidos direitos a alimentos ou sucessórios, no caso de morte de um dos parceiros, em regra, é buscada em juízo a meação dos bens integrados ao patrimônio durante o período de convívio, e não a sua integralidade, e o parceiro sobrevivente tem que provar sua participação na aquisição dos bens. Nitidamente injusto, a outra metade dos bens, muitas vezes, é destinada a familiares distantes que, em geral, desaprovavam a opção sexual do de cujus, ou até mesmo, declarados vacantes.

Apesar de todas essas privações, ainda é na jurisprudência que se encontram as mais importantes decisões acerca do reconhecimento das uniões homoafetivas no país, principalmente na Região Sul.

A justiça gaúcha, em 1999, de forma inédita, definiu a competência das varas de família para o julgamento das questões envolvendo relações homossexuais. Essa decisão é de fundamental importância, porque nela se reconhece o afeto existente nestas relações, protegendo-as com a tutela do direito de família.

EMENTA: RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, a semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido. (Agravo de Instrumento Nº 599075496, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Breno Moreira Mussi, Julgado em 17/06/1999)

Encontram-se, também, na justiça gaúcha, interessantes e inovadoras decisões acerca do tema:

EMENTA: HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante os princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. (TJ/RS, Apelação Cível No. 598362655, 8ª Câmara Cível, Relator Desembargador José Trindade, em 01/03/00)

Atualmente, é possível visualizar mudanças e inovações nos julgados de diversos tribunais que vêm reconhecendo o afeto nas uniões homoafetivas, caracterizando as relações como entidades familiares, valorizando o lado emocional no lugar do lado patrimonial. São encontradas analogias entre a relação homossexual com a união estável, o que se pode comprovar abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. SEPARAÇÃO DE FATO DO CONVIVENTE CASADO. PARTILHA DE BENS. ALIMENTOS. União homossexual: lacuna do Direito. O ordenamento jurídico brasileiro não disciplina expressamente a respeito da relação afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo. Da mesma forma, a lei brasileira não proíbe a relação entre duas pessoas do mesmo sexo. Logo, está-se diante de lacuna do direito. Na colmatação da lacuna, cumpre recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, em cumprimento ao art. 126 do CPC e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Na busca da melhor analogia, o instituto jurídico, não é a sociedade de fato. A melhor analogia, no caso, é a com a união estável. O par homossexual não se une por razões econômicas. Tanto nos companheiros heterossexuais como no par homossexual se encontra, como dado fundamental da união, uma relação que se funda no amor, sendo ambas relações de índole emotiva, sentimental e afetiva. Na aplicação dos princípios gerais do direito a uniões homossexuais se vê protegida, pelo primado da dignidade da pessoa humana e do direito de cada um exercer com plenitude aquilo que é próprio de sua condição. Somente dessa forma se cumprirá à risca, o comando constitucional da não discriminação por sexo. A análise dos costumes não pode discrepar do projeto de uma sociedade que se pretende democrática, pluralista e que repudia a intolerância e o preconceito. Pouco importa se a relação é hétero ou homossexual. Importa que a troca ou o compartilhamento de afeto, de sentimento, de carinho e de ternura entre duas pessoas humanas são valores sociais positivos e merecem proteção jurídica. Reconhecimento de que a união de pessoas do mesmo sexo, geram as mesmas conseqüências previstas na união estável. Negar esse direito às pessoas por causa da condição e orientação homossexual é limitar em dignidade a pessoa que são. A união homossexual no caso concreto. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos da união estável (art. 1.723 do CC) e demonstrada a separação de fato do convivente casado, de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, em face

dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Via de conseqüência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, tal como a partilha dos bens, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível N° 70021637145, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/12/2007)

O Tribunal Superior Eleitoral, no Recurso Especial Eleitoral n° 24564/PA, em que julgou a candidatura da companheira da atual Prefeita, ao cargo de Prefeito, decidiu que “Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da CF.”²⁶ Um reconhecimento implícito a natureza familiar da relação.

Essas decisões do Judiciário são contribuições de fundamental importância para uma futura normatização das relações homoafetivas. De acordo com Maria Berenice Dias:

Essa talvez seja a função – verdadeira missão – dos juízes: buscar de forma corajosa um resultado justo. Com isso, a jurisprudência acaba estabelecendo pautas de conduta de caráter geral. Mesmo apreciando o caso concreto, funciona o juiz como agente transformador da própria sociedade.²⁷

O Poder Judiciário é um importante instrumento de inovação para o direito. A sociedade tende a aceitar o que a justiça aponta como certo, o reconhecimento da relação entre pessoas do mesmo sexo pelo Poder Judiciário facilitará a diminuição do preconceito que ainda teima em existir, e contribuirá para a construção de uma sociedade justa e igualitária.

2.2 SITUAÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO

A situação jurídica em outros países encontra-se bem diversificada em relação à aceitação das uniões homossexuais. Há países onde se observa

²⁶ LÔBO, Paulo. Op. cit. p. 72.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 190.

extrema repressão, por ter uma sociedade fortemente ligada à religião, normalmente os muçulmanos e islâmicos, onde estas relações chegam até a ser condenadas, como também há os países que já legalizaram a relação homoafetiva, dando proteção do Estado aos casais do mesmo sexo - normalmente, os países europeus.

Em 1989, a Dinamarca reconhece legalmente a união homoafetiva, sendo, assim, o primeiro país a aceitar, sob a proteção do Estado, a união entre pessoas do mesmo sexo. Já em 1968, o Partido dos Socialistas Populares apresentou proposta de lei ao parlamento dinamarquês, mas foi rejeitada. Anos depois, em 1973, também houve outra tentativa de legalização, feita através da comissão para a reforma do casamento, enfatizando os problemas de ordem habitacional e sucessório enfrentados pelos homossexuais, mas também não houve êxito.

O movimento homossexual também não simpatizava com a instituição do casamento e, assim, foi criada a partnerskab, abarcando as idéias de parceria, conjugalidade, companheirismo. Antes de sua aprovação, foi realizada uma pesquisa, onde 57% dos entrevistados foram favoráveis ao projeto de lei, contra 25% contrários e 17% não opinaram.²⁸

Os direitos e deveres concebidos ao casal foram iguais aos do matrimônio, apenas com as exceções em relação à adoção e à procriação assistida. Foram estabelecidos, também, os mesmos requisitos de idade, capacidade e causa impeditiva.

A Dinamarca traz a estas relações uma importante conquista, pois o seu modelo foi acolhido também por outros países, como a Noruega – em 1993, por iniciativa do Ministério da Criança e da Família, seguido pela Groelândia – em 1994, onde houve a extensão da lei da Dinamarca para este país, e, neste mesmo ano, o parlamento sueco também adota o partnerskab. Neste país, desde 1988, as relações com mais de seis meses já tinham algumas vantagens, sendo considerado o primeiro país a tutelar a união homossexual. A Islândia também criou o seu registro, onde teve do parlamento quase uma unanimidade, com apenas uma abstenção e um voto contra.

A Holanda mostra-se um dos países que mais apóiam e protegem as relações homossexuais, foi o primeiro país a aceitar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em 1998, criou lei possibilitando o registro das

²⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 91.

uniões heterossexuais como das homossexuais. Alguns de seus municípios, desde 1991, possibilitavam o registro de convivência entre pessoas do mesmo sexo. Mas foi em 2001 que houve a legalização do casamento, fazendo que os casais homossexuais tenham os mesmos direitos adquiridos pelo matrimônio dos casais heterossexuais, não havendo nenhuma distinção.

A lei anterior ainda continua em vigor, assim, tanto os homossexuais como os heterossexuais podem optar pelo casamento ou pelo registro da união e também possibilita a migração entre estes institutos.

Mostrando-se pioneiro nos direitos homossexuais, este país também aprova a adoção pelos casais com mais de três anos de convivência.

Na Finlândia, foi aprovada, em 2001, uma lei possibilitando aos casais homossexuais procederem seus registros - pesquisa realizada mostrou que 67% da população era favorável ao registro.²⁹

A Hungria considera, em seu Código Civil, a união homossexual como uma união de fato, mas não a reconhece dentro do direito de família.

Em Portugal os parceiros heterossexuais ou homossexuais, que vivem por mais de dois anos em união de fato, têm os mesmos direitos dos casais heterossexuais com vínculos matrimoniais. Não possibilitam a adoção, mas proporcionam muitos direitos em outros aspectos, como traz o art. 3º, da lei nº7/2001:

O sistema de PAC'S, aprovado em 1999 pela França, não distingue se a relação é homo ou heterossexual. Cria-se, com ele, um pacto de solidariedade, atribuindo-lhe efeitos semelhantes aos da família constituída pelo modelo formal. O PAC'S é definido como: "o pacto civil de solidariedade é o contrato concluído por duas pessoas maiores, de sexo diverso ou igual, a fim de organizarem a própria vida em comum."³⁰

O Parlamento Europeu aprovou duas resoluções em defesa aos direitos dos homossexuais. Uma, em 1994, na qual defende a paridade de tratamento a todos os cidadãos, independentemente de sua orientação sexual. E outra em 1998, definindo o que deve ser seguido para a completa equiparação de tratamento a todos os cidadãos europeus.

A Constituição da África do Sul, de 1996, foi a primeira que expressamente proibiu a discriminação em razão da tendência sexual.

A cidade de Buenos Aires, em 2003, sancionou lei em que define a união civil como "a união formada livremente por duas pessoas independente de

²⁹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Op. cit., p. 98.

³⁰ Idem, *ibidem*, p. 106.

seu sexo ou orientação sexual.”³¹ As condições exigidas são a convivência afetiva estável e pública por, no mínimo, dois anos e o domicílio legal na cidade, pelo mesmo período. Em seu artigo 4º, a lei 1004/2002 expressa a igualdade de tratamento dos integrantes da união civil ao dos cônjuges.

Nos Estados Unidos, que adota o modelo federalista, cada Estado tem a sua própria legislação. De um modo geral, não protegem juridicamente a relação homoafetiva, mas há suas exceções. Os Estados do Havaí, São Francisco, Vermont, Massachusetts, Connecticut e Iowa, se mostram favoráveis a estas relações. Em Vermont, o Parlamento aprovou, em 2002, a lei sobre uniões civis, determinando igual tratamento entre união homossexual registrada e casamento. Já os Estados de Maine, Geórgia Michigan e Oklahoma se posicionam em outro extremo. Esta distinção de opiniões deu origem a uma lei federal, criada por Clinton, onde se estabelece que nenhum Estado é obrigado a reconhecer o casamento de pessoas do mesmo sexo, tratados sobre a leis de outro Estado.

A Bélgica, a Espanha, o Canadá e a Noruega autorizam o matrimônio entre os homossexuais. Na Bélgica, a aprovação ocorreu em 2003, os casais homossexuais têm os mesmos direitos dos heterossexuais em relação a patrimônio e herança, e também podem adotar crianças. Em 2005, a Espanha legalizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, seguido pelo Canadá, quarto país do mundo a reconhecer esta união. Na Noruega, a aprovação ocorreu em 2008 e é permitida também a adoção de crianças.

CAPÍTULO 3 A NECESSIDADE DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

3.1 A REPERSONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA

Anteriormente, encontravam-se, no casamento, as funções econômica, política, religiosa e procracional.³² A família como instituição capaz de prover sustento, patrimônio e filhos, reconhecida e com proteção especial pelas leis do Estado. Só através do casamento, se poderia obter esta proteção, até mesmo os filhos só eram reconhecidos quando nascidos na constância matrimonial.

³¹ Idem, *ibidem*, p. 119.

³² LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 11.

A Igreja, protetora da instituição familiar, exercia uma grande influência nesta concepção. Com uma sociedade que recebeu inspiração cristã, criou-se uma ideologia baseada em seus dogmas e filosofia. Formata-se, assim, um Estado que tem por base a entidade familiar, indissolúvel, formada entre homem e mulher, com a procriação como sua principal finalidade.

Assim, durante muito tempo, o casamento se estabeleceu na sociedade brasileira como a única maneira de se constituir uma família; observou-se enorme resistência em se reconhecer outros modos de formação da família, fazendo com que inúmeras relações se tornassem invisíveis ao Estado, não possuindo as pessoas a proteção merecedora do direito de família. Como já visto anteriormente, apenas com a Constituição de 1988 foram reconhecidas outras formas de entidade familiar, como a união estável e a família monoparental.

O direito existe com a finalidade essencial de organizar a vida das pessoas; ele é construído em função delas, para servi-las. Tem, assim, a obrigação de acompanhar as mudanças da sociedade e com ela evoluir, renovando suas leis, princípios e conceitos para criar, cada vez mais, um ambiente justo, igualitário e harmonioso, onde exista respeito e valorização a todos os seres humanos.

Por muito tempo, o direito de família deu grande enfoque às questões patrimoniais que envolvem as relações. As leis procuravam proteger, principalmente, o patrimônio construído pelos cônjuges, dando proteção especial à parte que se encontrava em situação de desvantagem. Não que o patrimônio não tenha sua importância numa relação a dois, mas não cabe a ele o papel principal quando o assunto é a constituição de uma família.

A introdução dos princípios constitucionais possibilitou grande evolução no direito de família e impulsionou uma mudança de enfoque do patrimônio para a pessoa - a pessoa humana como o centro da relação jurídica, valorizando-se o ser e não o ter. Identifica-se, assim, o fenômeno da repersonalização do direito, no qual encontra na família o espaço por excelência.

A repersonalização é a valorização da pessoa humana. Paulo Lobo ensina que “o fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, valoriza o interesse da pessoa mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa para ressaltar sua dignidade”.³³

³³ LÔBO, Paulo. Op. cit., pp. 11-12.

Não cabe mais a excessiva valorização do lado patrimonial, característica marcante do direito de família em épocas anteriores, nas relações atuais. A família, hoje, é construída com o pilar do afeto, composta por uma relação de dedicação, assistência mútua e solidariedade, onde as pessoas buscam encontrar a felicidade, sendo a satisfação pessoal o principal personagem desta unidade. A tendência é então, de pluralização das formas familiares; não mais se vive em uma sociedade onde o casamento é o único modo de constituição de família, esta instituição não deixou de ter a sua importância, mas as pessoas se mostram propensas a buscar o seu modo de vida em particular, construindo relações familiares de formas cada vez mais diversas.

Cabe ao Estado, no plano do direito de família, reconhecer e criar proteção especial a todas as formas de união familiar.

O desafio lançado ao novo Direito de Família consiste em aceitar o princípio democrático do pluralismo na formação das entidades familiares e respeitar as diferenças intrínsecas de cada uma delas, efetivando a proteção e provendo os meios para resguardar o interesse das partes, conciliando o respeito à dignidade humana, o direito à intimidade e à liberdade com os interesses sociais e, somente quando indispensável, recorrer à intervenção estatal para coibir abusos.³⁴

O reconhecimento jurídico da relação de afeto como a principal finalidade das relações entre as pessoas, assim como a aceitação do pluralismo familiar e a repersonalização do direito justificam o reconhecimento das relações homoafetivas pelo direito brasileiro. Todos os tipos de famílias e associações sexuais, sem qualquer hierarquia entre elas, merecem proteção do Estado.³⁵ A Constituição não hierarquiza as formas de modelo familiar e a diversidade de formas de constituição de família exige maneiras diferentes de reconhecimento e proteção pelo Estado.

3.2. A SEXUALIDADE COMO UM DIREITO DE PERSONALIDADE

A sexualidade é inerente à condição humana, acompanha a pessoa desde o nascimento. Todos devem ter o direito e a liberdade de exercê-la

³⁴ BRAUNER, Maria Claudia Crespo; SCHIOCCHET, Taysa. Op. cit., p. 319.

³⁵ Idem, ibidem, p. 321.

livremente, em busca da realização de seus desejos. Afirma Maria Berenice Dias que:

Ninguém pode se realizar como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual. O direito igualitário independe da tendência afetiva. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade.³⁶

O direito à orientação sexual, reconhecido como atributo inerente à pessoa, insere-se no direito de personalidade. Luiz Edson Fachin ensina que se encontra no texto constitucional – o qual assegura a liberdade, a igualdade, sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade da vida privada e da intimidade – a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como um direito personalíssimo, atributo inerente e inegável de toda pessoa.³⁷

Edson Ferreira da Silva define o direito de personalidade como:

Os direitos que incidem sobre bens concernentes à individualidade de cada pessoa e, sendo insuscetíveis de gozo por outra, não comportam nenhuma forma de transmissão. Os direitos de personalidade são inatos, não porque a sua existência independa, ou seja, anterior ao ordenamento jurídico, mas porque para a sua aquisição basta o pressuposto da personalidade jurídica.³⁸

Os direitos de personalidade são assim reconhecidos e protegidos pela Constituição e são os direitos próprios da condição humana; podem ser de ordem física, psíquica ou moral, surgem com o nascimento do ser humano e o acompanham por toda a sua vida, sendo intransmissíveis e irrenunciáveis.

À medida que a sexualidade está presente na vida de todo ser humano e a todos cabe a liberdade de exercê-la da forma que escolher, pois

³⁶ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 184.

³⁷ FACHIN, Luiz Edson apud BRAUNER, Maria Claudia Crespo; SCHIOCCHET, Taysa. Op.cit. p. 324.

³⁸ SILVA, Edson Ferreira da apud BRAUNER, Maria Claudia Crespo; SCHIOCCHET, Taysa. Op. cit., p. 324.

todos possuem o direito de buscar a felicidade e realizarem-se íntima e afetivamente, compete ao Estado a obrigação de proteger, independente de qualquer tipo de preconceito, as formas de atuação da sexualidade, seja entre pessoas de sexo diferentes ou pessoas do mesmo sexo.

3.3. AS FAMÍLIAS PLURAIS E O AFETO COMO A PRINCIPAL CARACTERÍSTICA DA FORMAÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR

As pessoas vivem em busca de sua felicidade, procurando realizar as suas satisfações, e é na construção de uma família que conquistam os seus anseios mais íntimos. Elas procuram, em um mundo cheio de opções, uma única pessoa para construir uma vida em comum, com base no afeto, no amor, na convivência mútua. Com ela, vão exercer sua sexualidade, dividir seu cotidiano, construir um patrimônio em comum.

Com a evolução da sociedade, as formas de relacionamentos afetivos cada vez mais se mostram variados, e são encontradas hoje diversas maneiras de constituição de família. Não cabe mais o reconhecimento pelo Estado apenas das relações tradicionais. O mundo mudou, a sociedade está mais tolerante e as pessoas tendem em ter mais liberdade nas suas escolhas.

Ainda predomina o estilo tradicional da constituição de família, as que são estabelecidas através do casamento, mas a pluralidade de formas faz com que se encontrem famílias variadas, formadas por um dos pais com seus filhos, casais sem filhos, filhos sem pais, pessoas que saíram de relações anteriores com seus filhos procurando reconstruir suas vidas com outro companheiro, casais formados por pessoas do mesmo sexo, entre outros. Perdendo, assim, a família a função originária de casamento, sexo e procriação e ganhando uma conotação de realização de sentimentos sublimes como o amor e o afeto.

O foco atual não é mais no patrimônio e, sim, na pessoa, com a repersonalização do direito. Ainda há proteção para os bens adquiridos durante a relação conjugal, mas a pessoa toma o papel principal merecedora de proteção especial do Estado.

É o afeto o elemento caracterizador e presente em todas as formas de família. Segundo Maria Berenice Dias:

Agora, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca

no manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo³⁹

É também pela existência do afeto que se justifica a proteção de todas estas relações pelo direito de família, por que são os sentimentos que predominam nas relações, e não as questões obrigacionais. De acordo com João Batista Villela:

É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos.⁴⁰

A Constituição de 88 contribuiu, e muito, para a evolução no direito de família ao reconhecer o afeto como elemento identificador das entidades familiares, trazendo para o ordenamento jurídico a proteção às uniões estáveis e o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento. Ao direito de família cabe, agora, a execução de proteção a todas as formas de entidade familiar.

3.4. OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

A Constituição Federal consagrou, no art. 1º, III, entre os seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana. Esse princípio também é garantido pela Carta das Nações Unidas, assinada no dia 26 de junho de 1945, em São Francisco, como também na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 que tem em seu preâmbulo e em seu artigo 1º o texto a seguir:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo [...] Artigo 1º. Todos os seres humanos nascem livres

³⁹ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 40.

⁴⁰ VILLELA, João Batista apud DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 41.

e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

A garantia da dignidade da pessoa humana é de suma importância ao ser humano. Viver dignamente envolve escolhas de preceitos morais e éticos a se seguir e também a conquista de que, independente da escolha, o respeito tem que ser garantido. Ensina o professor Rizzatto Nunes que

A dignidade nasce com a pessoa, é inata e inerente à sua essência. O indivíduo nasce com integridade física e psíquica, cresce e vive no meio social, e tudo o que o compõe tem que ser respeitado, conclui também que: a dignidade humana é um valor preenchido a priori, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser pessoa.⁴¹

Difícil encontrar uma conceituação precisa para definir o termo dignidade da pessoa humana, mas todos conseguem compreender que o direito à dignidade é inerente à vida; as pessoas o possuem apenas pelo fato de existir, todos têm o direito de viver de forma digna, de ter suas opções, intimidade e escolhas respeitadas, de serem livres para escolher o seu modo de vida e buscar a felicidade afetiva e familiar.

Segundo conceitua Alexandre de Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.⁴²

⁴¹ NUNES, Rizzatto apud CUNHA, Márcia Elena de Oliveira. "O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no direito de família". Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=482>. Acesso em 08/05/2009.

⁴² MORAES, Alexandre de. apud CUNHA, Márcia Elena de Oliveira. "O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no direito de família". Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=482>. Acesso em 08/05/2009.

No Brasil, há exemplos que feriram este princípio: quando a mulher tinha posição inferior ao homem na convivência matrimonial, quando os filhos que eram gerados fora do casamento não podiam ser registrados, ou também o não reconhecimento de formas de constituição de família além da estabelecida pelo casamento, essas questões foram resolvidas com a Constituição de 1988.

Atualmente, ainda se encontram afrontas a este princípio, como a falta de reconhecimento das relações homoafetivas no ordenamento jurídico brasileiro. A invisibilidade dada a estas e outras formas de constituição de família pelo direito brasileiro faz com que o Estado negue este princípio fundamental a muitos de seus cidadãos.

O Estado, ao assegurar este princípio, passa a ser responsável em promover ações que garantam a todas as pessoas uma vida digna, tendo, assim, a obrigação tanto de não interferir na vida das pessoas, respeitando suas opções, como de ser ativo e concorrer para que todos possam exercer as suas escolhas de vida com o acolhimento da tutela jurídica. Ingo Wolfgang Sarlet afirma que: “Percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos.”⁴³

O princípio da dignidade da pessoa humana acolhe inúmeros outros princípios como o da liberdade, cidadania, personalidade, igualdade, solidariedade, como também se interliga com os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos, são temas que precisam estar em sintonia para conseguir uma verdadeira efetividade. São princípios éticos. Traduzem o espírito e a essência do ideal de uma sociedade justa e democrática, onde todos sejam iguais e livres, e onde não haja lugar para discriminações.

Carmen Lúcia Antunes Rocha foi uma das primeiras doutrinadoras brasileiras a considerar a dignidade como um superprincípio constitucional, ela ensina que:

Dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. apud SILVA, Matheus Teixeira da. “A (im)possibilidade jurídica do casamento homossexual no direito brasileiro e a (in)adequação da parceria civil.” Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=481>. Acesso em 18/03/2009.

merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.⁴⁴

O direito de família só estará em correspondência com a dignidade e com os Direitos Humanos, quando reconhecer todos os tipos de relações como entidade familiar e proporcionar a todas elas a proteção especial que elas merecem.

O princípio da dignidade humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa uma igual dignidade para todas as entidades familiares, sendo indigno dar tratamento diferenciado aos vários tipos de constituição de família.⁴⁵

O princípio da igualdade, também normatizado pela atual constituição brasileira, em seu art. 5º, que proclama que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”, garante que todos têm o direito de receber do Estado iguais condições de tratamento, independente de suas escolhas. Este princípio está intimamente ligado ao respeito às diferenças, à questão da cidadania. Não há uma sociedade que seja formada apenas por pessoas iguais, as diferenças existentes entre as pessoas são de grande importância para a construção e o desenvolvimento social. As pessoas precisam aprender a conviver, aceitar e respeitar as diferenças entre elas.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

É agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guardam relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto.⁴⁶

⁴⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores para o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 94.

⁴⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores para o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 100.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira apud SILVA, Matheus Teixeira da. Op. cit.

Este princípio faz com que as pessoas sejam sujeitos de direitos e obriga ao Estado assegurar a não ocorrência de arbitrariedades e garantir o direito de todos serem acolhidos pela tutela jurídica.

Segundo José Afonso da Silva:

Uma forma de inconstitucionalidade revela-se em se impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-os em face de outros da mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis. O ato é inconstitucional por fazer discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade.⁴⁷

Observa-se, assim, claramente, que o não reconhecimento das uniões homoafetivas fere os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, como também os demais princípios éticos consagrados pela Constituição. As relações entre pessoas do mesmo sexo são baseadas em sentimentos e aspirações idênticas às relações heterossexuais. Em ambas, encontra-se a vontade de constituir uma família mantendo uma união contínua e duradoura, com comunhão de vida plena e todas as consequências que esta união acarreta – fidelidade recíproca, múltipla assistência, vida em comum, respeito e consideração. O indivíduo não pode ser privado de direitos apenas pela sua orientação sexual quando o Estado tem o dever de lhe proporcionar uma vida digna e com direitos iguais a todos. O preconceito com as diferenças não pode fazer com que uma parte da sociedade deixe de usufruir das garantias constitucionais.

As conquistas realizadas através das decisões judiciais, apesar de, atualmente, tendentes a reconhecer, nestas relações, idênticos efeitos das relações heterossexuais, não é o caminho ideal para um país onde sua Constituição garante igualdade a todos. Não se tem igualdade enquanto uns têm sua união afetiva legalmente positivada, sobre proteção da tutela jurídica, e outros, apenas pelo fato de terem outra orientação sexual, têm que recorrer ao Poder Judiciário para que este mesmo tipo de união seja reconhecida. Precisam provar a existência da relação, enfrentar a morosidade do Judiciário, arcar com custas e honorários de advogados, entre outros entraves, para conseguir garantir seus direitos, direitos que o Estado lhe deve, porque são igualmente cidadãos.

⁴⁷ SILVA, José Afonso apud SILVA, Matheus Teixeira da. Op. cit.

A igualdade é encontrada no momento em que todas as relações sejam reconhecidas pelo mesmo instrumento e recebam igual proteção do Estado. Não cabe em um país, constituído no Estado Democrático de Direito, que tem como seus fundamentos constitucionais a cidadania, a dignidade da pessoa humana e como um de seus objetivos a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, a ausência de regulamentação da união homoafetiva, clara forma de desigualdade de tratamento entre os seus cidadãos, clara forma de discriminação, clara forma de desrespeito à dignidade humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou estudar a necessidade da legalização das uniões homoafetivas pelo ordenamento jurídico brasileiro, para que elas sejam reconhecidas como entidade familiar e acolhidas pelo direito de família, proporcionando a todas as pessoas, independente de sua orientação sexual, a mesma tutela jurídica.

Historicamente, o direito normativo do país se mostrou atrasado em acompanhar as constantes mudanças ocorridas na sociedade. O casamento foi considerado uma instituição indissolúvel até o ano de 1977 e a união estável entre o homem e a mulher; a igualdade entre os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou adotados; a família monoparental; bem como o fim do poder patriarcal em substituição pela igualdade de poderes entre o homem e a mulher, só foram positivados pela Constituição de 1988.

A legislação brasileira não consegue alcançar as mudanças e inquietações da sociedade, demonstrando, também, como foi em toda a sua história, um caráter moralista, tradicionalista e preconceituoso. As leis não conseguem seguir o ritmo da sociedade. Apesar disto, o direito, principalmente através do Poder Judiciário, tem se mostrado tendente a acompanhar a evolução social, recorrendo-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais e baseando-se suas decisões nos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, cidadania, solidariedade, entre outros. Assim, o Judiciário tem conseguido apresentar soluções justas aos que o procuram.

Enquanto isso, a sociedade se mostra cada vez mais com uma diversidade de formas em relação ao modo de constituição de família, e

o que era reconhecido pelo simples conjunto de pai, mãe e filhos, passou a ser formado por uma variedade de membros, formadores de famílias diversificadas, onde cada um encontra seu papel individual e sua realização afetiva. A abertura do mercado de trabalho para a mulher, o distanciamento entre a Igreja e o Estado, a liberdade sexual conquistada através de métodos contraceptivos, a opção de casais em não terem filhos, assim como os avanços tecnológicos acerca de fertilização, foram alguns dos aspectos que contribuíram para essas grandes mudanças.

As uniões afetivas, com sua pluralidade de formas, deixam de ter o seu objetivo principal a procriação e passam a ter a existência do afeto a sua principal razão de ser. O patrimônio também perde seu lugar de destaque na proteção jurídica oferecida pelo Estado, para dar a vez ao indivíduo, ao ser humano, fenômeno denominado como repersonalização do direito. E não há outro lugar mais adequado do que o ambiente familiar para ocorrer a valorização da pessoa humana.

As uniões homoafetivas são uma realidade presente na sociedade brasileira e não podem ser ignoradas, possuem características iguais aos da união heterossexual. São fundadas no amor, no afeto e seus integrantes buscam a convivência mútua, a construção de uma vida em comum, a realização sexual, exatamente como os heterossexuais. Não há razão para a orientação sexual ser uma barreira na aplicação de direitos, apenas o preconceito justifica a ausência desta regulamentação.

A Constituição, assim como o Código Civil, silencia acerca destas relações. Definem casamento e união estável como a relação entre o homem e a mulher, tornando assim as relações homossexuais invisíveis ao mundo jurídico. A invisibilidade tende a marginalizar parte da sociedade, colaborando, mais ainda, para a manutenção do preconceito já existente. Em muitos países, principalmente os europeus, essas relações são reconhecidas, alguns adotam o mesmo sistema para homo ou heterossexuais, já outros têm forma diferente para a oficialização.

De um modo geral, o Brasil vem apresentando avanços neste aspecto, com leis que proíbem a discriminação dos homossexuais, que reconhecem direitos ao companheiro no setor previdenciário e com as decisões judiciais favoráveis ao reconhecimento destas relações. Também se encontram dois projetos de leis tramitando na Câmara dos Deputados. Um deles, o Projeto de Lei nº 2.285/2007, busca reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar. Mas ainda há um grande caminho a ser percorrido e a principal

barreira a ser vencida é o preconceito. Num país tradicionalista e de forte referência cristã, a sociedade se mostra avessa aos comportamentos que fogem do padrão comum.

Os nobres princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da cidadania, da solidariedade, da personalidade, abarcando o direito à sexualidade, consolidados pela Constituição Federal são fundamentos suficientes para a concessão do reconhecimento das relações homoafetivas no Brasil.

Somando-se a eles, as mudanças ocorridas na visão da família, com a repersonalização do direito, a tutela concedida ao afeto e a pluralidade das entidades familiares existentes na sociedade, justificam a regulamentação destas uniões para que sejam reconhecidas como entidade familiar e tenham proteção especial do Estado sendo abrangidas pelo direito de família.

REFERÊNCIAS

1. LIVROS

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; SCHIOCCHET, Taysa. “O reconhecimento jurídico das uniões estáveis homoafetivas no direito de família brasileiro.” In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Coord.). Questões controvertidas no direito de família e das sucessões, São Paulo: Método, 2005.

DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre homoafetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4 ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo: Saraiva, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LÔBO, Paulo. Famílias. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. União entre pessoas do mesmo sexo. Aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. V. Direito de Família. 16ªed. Rio de Janeiro: 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores para o direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família: Lei nº10.406, de 10.01.2002. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

2. ARTIGOS

CARVALHO, Danilo Éder Pinheiro. “União Homoafetiva: (Re) Construindo a Identidade Familiar.” Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=425>. Acesso em 18/03/2009.

CUNHA, Márcia Elena de Oliveira. “O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no direito de família.” Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=482>. Acesso em 08/05/2009.

JÚNIOR, Enésio de Deus Silva. “Família Homoafetiva.” Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=493>. Acesso em 08/05/2009.

SILVA, Matheus Teixeira da. “A (im)possibilidade jurídica do casamento homossexual no direito brasileiro e a (in)adequação da parceria civil.” Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=481>. Acesso em 18/03/2009.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. “Homoafetividade e família. Casamento civil, união estável e adoção por casais homoafetivos à luz da isonomia da dignidade humana.” Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=434>. Acesso em 18/03/2009.

3. LEGISLAÇÃO

BLUMENAU. Lei nº 7.153/2007, de 04 de outubro de 2007. Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Congresso. Projeto de Lei nº 1.151/1995. Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Câmara dos Deputados.

BRASIL. Congresso. Projeto de Lei nº 2.285/2007. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias. Câmara dos Deputados.

BRASIL. Lei nº 10.406. Código Civil, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei nº 11.340. Lei Maria da Penha, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.