

ANO II – Nº. 05



JUS SCRIPTUM

**Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**



OUTUBRO / NOVEMBRO / DEZEMBRO

2006

Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5

Lisboa – Portugal

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerich
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcelos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Sílvia Gabriel Teixeira

REVISTA JURÍDICA
NELB
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
Ano 2 • Volume 2 • Número 5
Out-Dez 2006 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2006/07

André Saddy, Presidente
Alenуска Teixeira Nunes, Vice-Presidente
Márcia Castro Pereira, Secretária-Geral
Elisa Ustárroz, Diretora Científica
Caroline Alves Salvador, Diretora Social
Carlos Marcos Borges, Diretor Financeiro

Conselho Editorial:
Eduardo Bruno Milhomens
Fernando Estevam Bravin Ruy
Paula Lins Goulart
Rafael Freitas Machado

Conselho Deliberativo:
Daniel Barroso
Luiz Carlos Messias Junior
Tiana Santos

Colaboradores:
Alyne de Andrade de Oliveira Bezerra

Correspondência: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária · CP 1649014 · Lisboa · Portugal



A UNIÃO HOMOAFETIVA NO BRASIL¹

Mateus Costa Pinheiro²

Introdução; 1. Abordagem social e jurídica; 2. Hermenêutica do artigo 226 da Carta Magna; 3. A sócio-afetividade, a dignidade da pessoa humana, a não discriminação e a igualdade como elementos balizadores constitucionais; Conclusão; Referências.

Introdução

Esta breve introdução tem como principal objetivo apontar ao leitor as questões mais importantes tratadas neste artigo. Não se pretende aqui adentrar propriamente no tema, pois ter-se-á a oportunidade de se fazer quando da leitura de todo o texto.

O tema abordado neste artigo é a “A união homoafetiva no Brasil”³. O estudo incide sobre as relações estáveis entre pessoas do mesmo sexo, como modalidade de família, sob a perspectiva social e principalmente jurídica.

O problema, que se pretende elucidar ao final do texto, é o que segue: o Direito reconhece a união homoafetiva como uma espécie de família e, em caso afirmativo, como se procede esta previsão?

Para enfrentar a referida questão, foi necessário analisar alguns pontos ao longo do artigo, que podem ser sintetizados do seguinte modo: conceito, características e requisitos da união homoafetiva; a possibilidade da existência desta união, como espécie de família, na sociedade brasileira; o comportamento do Direito frente a esta realidade; a hermenêutica do artigo 226 da Constituição Federal do Brasil de 1988 (taxativo x exemplificativo); e o papel exercido pelos princípios constitucionais da sócio-afetividade, da dignidade da pessoa humana, da não discriminação e da igualdade.

Vale dizer ainda que o autor se viu estimulado a escrever sobre este tema pela sua relevância jurídico-social e por observar uma abordagem preconceituosa de parcela significativa

¹ Texto elaborado em março de 2006 e publicado em junho do mesmo ano no site da Fundação da Escola Superior do Ministério Público do estado da Bahia – www.fesmip.org.br – tendo sofrido nesta versão poucas alterações e não referentes ao conteúdo.

² Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

³ Para combater o preconceito presente no termo “homossexualismo” Maria Berenice Dias inova trazendo para o debate público sobre o tema o termo homoafetividade, que exclui a associação a uma doença e ilustra bem esta união de pessoas ligadas essencialmente pelo afeto.

da doutrina pátria. Se este modesto artigo puder incitar o leitor à reflexão crítica já terá cumprido bem o objetivo proposto.

1. Abordagem social e jurídica

A união homoafetiva pode ser entendida como uma espécie de família constituída pela união estável e pública entre pessoas do mesmo sexo⁴ por livre opção afetiva (os demais requisitos para o reconhecimento como família serão explanados um pouco mais adiante). E fruto desta união informal há uma comunhão plena de vida, caracterizada por uma assistência mútua, tanto material (aspectos econômico-financeiros) como imaterial (apoio moral e afetivo).

Vale ressaltar que a homossexualidade sempre existiu na história da humanidade. Inúmeros são os relatos desde a Grécia Antiga cuja heterossexualidade era vista como fim maior de procriação, enquanto a homossexualidade era tida como uma necessidade natural (era comum o bissexualismo nesta cultura). (DIAS, 2001, p.28)

Na Idade Média houve uma repulsa grande à homossexualidade, principalmente pela influência da igreja que sacramentava o matrimônio entre o homem e a mulher e só concebia o sexo para fins de procriação. (DIAS, 2001, p.30-32)

Tamanho era o preconceito que a Medicina daquela época considerava a homossexualidade uma grave doença (DIAS, 2001, p.42)

O problema é que a concepção da igreja mencionada permanece exercendo grande influência na sociedade atual. E a Medicina até pouco tempo enquadrava ainda o “homossexualismo” no Código Internacional de Doenças. O sufixo “ismo” se refere a doença. (DIAS, 2001, p.42)

Não se conseguiu ainda desvendar a verdadeira origem da homossexualidade, certo é que não é doença. Para uns é atribuída a fatores genéticos, outros crêem em fatores psicossociais (que parece a hipótese mais coerente). De qualquer modo, os estudos mais recentes apontam para o fato de que a pessoa não opta livremente pela homossexualidade, ela simplesmente tem esta orientação sexual. (DIAS, 2001, p.48-49)

⁴ Na união em tela é necessário, dentre outros requisitos, a existência de uma relação amorosa-sexual entre os parceiros, pois em caso contrário estará se tratando de uma outra espécie de família, a união entre amigos. A idéia original em cogitar a possibilidade do reconhecimento pelo Direito desta união como família foi do professor de Direito de Família da Universidade Salvador (UNIFACS), Procurador do Estado da Bahia e advogado Roberto Lima Figueiredo

Pela informalidade na constituição e desfazimento da união homoafetiva (a intervenção judicial incide apenas quando as partes passam a reclamar direitos entre si), ela acaba por assemelhar-se muito a uma união estável (relacionamento entre pessoas de sexos opostos).

É preciso ficar claro que não é qualquer relacionamento entre homossexuais que enseja a união em tela. Há três requisitos essenciais, comuns a todas as espécies de família, que devem ser aqui seguidos: a afetividade, a ostensibilidade e a estabilidade. Paulo Luiz Netto Lôbo (2004, p.3) é quem trabalha com estes critérios e explica-os bem:

- a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família;
- 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 publicamente.

Estes requisitos mencionados acima e os utilizados no conceito de união estável, presente no artigo 1723 do Código Civil brasileiro, se complementam. A diferença marcante é que neste artigo, ao contrário do que preceitua Paulo Luiz Netto Lôbo, há o requisito da diversidade de sexo e o objetivo de constituição de família é autônomo, não estando inserido no critério afetividade (este se encontra apenas implicitamente no artigo 1723).

É mais plausível trazer o objetivo de constituição de família de uma forma independente, como o artigo 1723 faz, para permitir uma análise mais apurada do caso concreto, já que em muitos relacionamentos, como, por exemplo, em um simples namoro, é comum estar presente apenas a afetividade, desatrelada daquele requisito.

E frente à imprescindibilidade da afetividade na formação das famílias contemporâneas, como será visto no tópico 4, este critério precisa também ser autônomo e explícito, como se encontra nos requisitos essenciais trazidos por Paulo Luiz Netto Lôbo.

Quanto à obrigatoriedade de diversidade de sexo, é importante dizer que este critério vale apenas na união estável, pois, como já fora visto, há outras espécies de família, como a união homoafetiva, em que vigora a igualdade de sexo entre os companheiros.

A título ilustrativo, imagine-se a situação de duas pessoas do mesmo sexo residindo juntas há mais de dez anos de forma intensa e ininterrupta (estabilidade); com uma unidade familiar constituída publicamente (ostensibilidade); com um vínculo amoroso-sexual (afetividade); e que tenha ainda este relacionamento sido estabelecido com o escopo de

constituição de uma família (objetivo de constituição de família).

Não há dúvida que neste exemplo hipotético, por estar preenchido todos os requisitos essenciais, está constituída uma família, cuja espécie é a união homoafetiva (companheiros do mesmo sexo), e que, semelhante a esta ilustração, existem inúmeros casos reais. Esta espécie de família vem tornando-se cada vez mais freqüente na sociedade brasileira.

O Direito não pode mais deixar de tutelar uma espécie de família que se encontra consolidada na sociedade, como é o caso da união em comento, pois, deste modo, além de atentar aos direitos dos homossexuais, enseja muitos litígios, gerando uma grande insegurança jurídica.

Compromete, assim, a sua própria legitimidade, pois quanto mais o Direito se afasta da realidade social, menos legítimo ele se torna. É o que demonstra Paulo Bonavides (1995, p.112) ao asseverar: *“A legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração. É o critério que se busca menos para compreender e aplicar do que para aceitar ou negar a adequação do poder às situações da vida social que ele é chamado a disciplinar.”*

Não é mera coincidência o fato das decisões dos juízes e as legislações de parlamentares, não raramente, ser um reflexo dos seus valores de classe, que, em muitos casos, mostram-se conservadores e discriminatórios com uma minoria que não segue os padrões impostos socialmente. Há um grande preconceito em aceitar algo que contraponha ao convencional, como a união homoafetiva.

É o Direito sendo utilizado como um instrumento de dominação de classe. Michel Foucault (1969, p.60) retrata bem a questão ao afirmar:

O Tribunal, arrastando consigo a ideologia da justiça burguesa e as formas de relação entre juiz e julgado, juiz e parte, juiz e pleiteante, que são aplicados pela justiça burguesa, parece-me ter desempenhado um papel muito importante na dominação da classe burguesa.

Vale fazer a ressalva que na contemporaneidade o Direito também é concebido, embora menos freqüente, de forma diversa: como um meio propiciador de justiças sociais.⁵

Este é o próprio sentido do princípio da igualdade (*caput* do artigo quinto da Carta Magna) considerado em seu aspecto material (tratamento desigual aos casos desiguais), superando a velha concepção do Estado Liberal da mera igualdade de todos perante a Lei

⁵ Não cabe neste texto de pequena dimensão o aprofundamento da discussão acerca da Teoria Geral do Direito

(formal), reflexo da Revolução Francesa de 1789.

A Constituição Federal do Brasil traz em algumas de suas passagens a igualdade material, verdadeiro pilar da democracia, como, por exemplo, ao prever em seu inciso XX do artigo sexto a seguinte política afirmativa: “a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da Lei”. O próprio sistema de cotas, muito em debate hoje no Brasil, se fundamenta nesta concepção de igualdade.

Enfim, constatando-se que a união homoafetiva é uma espécie de família consolidada na sociedade e que o Direito não pode deixar de discipliná-la (por segurança jurídica, por legitimidade e por justiça social), resta investigar se este como se apresenta hoje já permite esta tutela ou se é necessária alguma implementação legislativa.

2. Hermenêutica do artigo 226 da Carta Magna

A Constituição Federal do Brasil em seu artigo 226 traz explicitamente três espécies de família: o casamento, a união estável e a comunidade monoparental.

Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
§2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
§3º 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.
§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
(...)

Pela simples leitura do artigo pode-se inferir que não há controvérsia no Direito quanto à previsão destas entidades familiares.

A polêmica reside em saber se há ou não a tutela de outras espécies de família, não previstas explicitamente (nem na Carta Magna, nem na legislação ordinária).

Para elucidar a problemática posta é preciso verificar se o artigo 226 da Carta Magna enumera as espécies de família de forma exemplificativa (*numerus apertus*) ou taxativa (*numerus clausus*). Vale adiantar que a maior parte da doutrina e dos julgadores apóia a segunda alternativa, mas o ponto de vista defendido neste texto é diverso, como será explanado a seguir.

O termo “família” presente no caput do artigo 226 da Carta Magna vigente está ali representando a família em sentido amplo. Trata-se, portanto, de cláusula geral de inclusão.

Enquanto o termo “entidade familiar” presente nos parágrafos terceiro e quarto deste artigo é a espécie do gênero família. E ao se afirmar no parágrafo quarto “Entende-se, também, como entidade familiar (...)”, o termo “também” reforça a cláusula geral de inclusão. (LÔBO, 2004, p. 04-05)

Percebe-se que o artigo em tela é exemplificativo, pois teve o intuito de trazer explicitamente em seus parágrafos algumas espécies de família -as mais comuns- deixando aberta a possibilidade para que outras espécies (do gênero família) fossem “também” reconhecidas, só que implicitamente, como é o caso da união homoafetiva.

Vale ressaltar que não há nenhuma vedação legal no sentido de excluir a tutela de outras espécies de família. Seria, inclusive, bastante incoerente listá-las taxativamente, pois novas espécies de família surgem e outras se modificam na sociedade.

Portanto, este é um problema meramente de hermenêutica, já que a exclusão das outras espécies de família “(...) *não está na Constituição, mas na interpretação*”. (LÔBO, 2004, p.05)

Uma vez demonstrado que a união homoafetiva está prevista implicitamente na Carta Magna, em seu artigo 226, é desnecessária a discussão sobre se esta união pode ser enquadrada na união estável ou no casamento.

Ela é simplesmente uma espécie de família autônoma, como afirma Cristiano Chaves de Farias (2004a, p. 09): “(...) *trata-se de modelo familiar autônomo, como a comunidade entre irmãos, tios e sobrinhos e avós e netos, merecedores de especial proteção do Estado*”.

3. A sócio-afetividade, a dignidade da pessoa humana, a não discriminação e a igualdade como elementos balizadores constitucionais

Há outros importantes fundamentos que legitimam a disciplina jurídica da união homoafetiva, como o preâmbulo e os seguintes princípios da Carta Magna: a sócio-afetividade, a dignidade da pessoa humana, a não discriminação, a igualdade, a solidariedade, a liberdade, a cidadania, a proteção especial do Estado, dentre outros.

Foram priorizados, para a análise, os princípios da sócio-afetividade, da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação, pois têm uma ligação maior com a questão suscitada.

Antes de adentrar propriamente na análise do princípio da sócio-afetividade é mister tecer algumas considerações iniciais para uma melhor compreensão deste, até porque muitos ainda ignoram a sua existência e importância.

Nas Idades Moderna e Contemporânea, principalmente a partir da revolução industrial, ocorreram importantes mudanças na estrutura familiar.

Através da economia industrial, o homem passa a trabalhar muito tempo fora de casa, na fábrica, a mulher se insere também no mercado de trabalho e os filhos passam a ser educados por instituições de educação e não mais em seu próprio domicílio. (VENOSA, 2003, p. 20)

Vale enfatizar neste processo a conscientização e a busca da independência pela mulher, como bem destaca Sálvio de Figueiredo Teixeira (2005, p. 26):

Mas o papel desenvolvido pela mulher no exercício de ofícios outros que não apenas os domésticos constitui o cerne de uma nova evolução dentro da família: a busca da igualdade. Ao assumir o trabalho, a mulher passa a reivindicar seus direitos civis e políticos, cuja expressão de aspirações se dá mediante o surgimento do feminismo, intermitente no século XIX e constante no século XX.

Nesta perspectiva, velhas famílias fundadas por interesses político-econômicos, como nas Idades Antiga e Média, passam a se dissolver e novas famílias surgem mais informais, nucleares e democráticas: fundadas prioritariamente pelo afeto.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 foi a grande responsável por tutelar a nova concepção da família, a sócio-afetiva, presente na sociedade brasileira. Talvez de uma forma um pouco tímida, mas se comparada com as Constituições e Leis anteriores tratou-se de um grande avanço. A maior prova disso foi o rompimento com o exclusivismo histórico do matrimônio. Segundo Cristiano Chaves de Farias (2004b, p. 23):

De fato, o legislador constituinte apenas normatizou o que já representava a realidade de milhares de famílias brasileiras, reconhecendo que a família é um fato natural, e o casamento, uma solenidade, uma convenção social, adaptando, assim, o Direito aos anseios e necessidades da sociedade (...).

Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. XI) retrata bem esta família sócio-afetiva, que fora reconhecida pelo Direito:

Desde que a família deixou de ser, essencialmente, um núcleo econômico e de reprodução, e passou a ser o espaço do amor, do companheirismo e do afeto, todos os elementos da organização jurídica da família ficaram profundamente alterados [...]. Todas essas modificações interferindo no *modus familiae* chegaram ao século XXI

trazendo para o Direito de Família a incorporação definitiva do afeto como valor jurídico.

Neste contexto, o princípio da sócio-afetividade consiste em entender a família como um espaço próprio para o afeto, que permita o livre e adequado desenvolvimento físico, psíquico e moral de todos os seus membros. O afeto indubitavelmente passa a ser encarado como um valor jurídico.

Paulo Luiz Netto Lôbo (2004, p. 08) discorre sobre este princípio:

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação, entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas.

Para não restar qualquer dúvida quanto à existência e importância deste princípio vale ainda mencionar onde ele está presente no ordenamento jurídico pátrio.

Na Constituição Federal do Brasil o princípio em tela pode ser encontrado implicitamente, a título de exemplo:

- a) No artigo 227, parágrafo sexto, ao tratar em pé de igualdade o filho concebido no matrimônio ou fora deste, independentemente se biológico ou não, pois o que interessa realmente é a relação afetiva entre os integrantes de uma família; (LÔBO, 2004, p.8);
- b) No artigo 226, ao abarcar novas espécies de família que se encontravam presentes na sociedade, rompendo-se, assim, com o “monopólio” do matrimônio, que é um instituto muito solene e que neste muitas vezes não estava presente as relações afetivas. (LÔBO, 2004, p.8)

No Código Civil brasileiro, este princípio pode ser identificado, por exemplo, no inciso III do artigo 1.566, ao trazer como dever dos cônjuges a mútua assistência (material e principalmente imaterial, pela necessidade da solidariedade e afeto no casamento).

A união homoafetiva está certamente incluída na nova concepção da família, recepcionada pelo Direito, pois, pelo demonstrado, o mais importante não é a espécie de família que o indivíduo está inserido e, sim, a existência um forte laço afetivo que una os seus integrantes (que indubitavelmente independe do sexo dos companheiros).

Em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana (princípio este fundamental no ordenamento jurídico e previsto explicitamente no inciso III do artigo primeiro da Constituição

Federal do Brasil), vale dizer que através deste a família passa a ter um papel muito importante, pois é reconhecida como o espaço propulsor da dignidade do indivíduo (forte correlação com o princípio anteriormente tratado). A família atual pode ser compreendida como o “*núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social*” (MONTEIRO, 2004, p.01).

O não reconhecimento pelo Direito da união homoafetiva afronta diretamente a dignidade destes sujeitos, que não podem ver suas famílias tuteladas e nem expressar livremente a sexualidade.

Os direitos à personalidade, que se fundamentam na dignidade da pessoa humana, como no caso em tela o direito à privacidade e à intimidade (previstos explicitamente no inciso X do artigo quinto da Carta Magna) das pessoas escolherem livremente os seus companheiros sem sofrer restrições de direitos, não podem continuar sendo desrespeitados desta forma pelo Judiciário, sob pena de propiciar, além de uma grande injustiça, uma perda da individualidade dos cidadãos. Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p. 244) trata bem deste aspecto:

Um dos principais conceitos na discussão sobre a autonomia jurídica individual e a autonomia privada e os direitos de personalidade é o de respeito à vida privada, em sentido amplo, que se volta para a liberdade de vida das pessoas, significando o direito que a pessoa tem de conduzir sua vida por si mesma, sem direcionamentos públicos, venham estes do Estado, da Sociedade ou de outro indivíduo ou grupos de indivíduos, desde que suas ações não causem danos a terceiros ou não ponham em risco a ordem pública. Esse conceito é muito importante diante do progressivo nivelamento dos indivíduos na sociedade de massa. O exercício positivo dos direitos de personalidade pode ser um anteparo a esse projeto homogeneizante.

Havendo controvérsia, a norma constitucional deve ser interpretada da maneira a assegurar a dignidade da pessoa humana, que é, justamente, não deixando de tutelar esta espécie de família. Segundo Cristiano Chaves de Farias (2004b, p. 25-26):

Nesse passo, sendo possível extrair diferentes sentidos da leitura de determinado dispositivo constitucional, deve prevalecer o que determine maior alcance social, conferindo eficácia e efetividade ao princípio da dignidade de cada um dos que integram o núcleo familiar (§8º do art. 226, CF).

O princípio da não discriminação (previsto explicitamente no inciso IV do artigo terceiro da Carta Magna) veda qualquer preconceito em razão do sexo. É neste sentido que o homossexual não pode sofrer nenhuma discriminação em razão da sua orientação sexual. O próprio preâmbulo constitucional reforça esta idéia ao prever um Estado Democrático de Direito

destinado a assegurar, dentre outros valores supremos, a justiça, a liberdade, a igualdade e o bem estar, em uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

É importante se dizer que no texto original do inciso IV havia a previsão do termo “orientação sexual”⁶, muito mais preciso e coerente, contudo o constituinte, de última hora, antes da aprovação, retirou o termo para não correr o risco de desagradar setores mais conservadores da sociedade, como informou o presidente do Grupo Gay da Bahia, Luiz Mott. (informação verbal)⁷.

Já o princípio da igualdade (previsto explicitamente no caput do artigo quinto) afirma que todos são iguais perante a lei, logo, não há porque o homossexual receber tratamento diferenciado desta só por causa de uma orientação sexual diversa da maioria da sociedade. Poder-se-ia, inclusive, pela própria concepção contemporânea da igualdade material, cogitar-se um tratamento diferenciado ao homossexual, sim, só que mais benéfico, como modo de propiciar um tratamento realmente igualitário e acabar de vez com todo o preconceito social existente (tratamento desigual aos casos desiguais).

Pela análise dos princípios da sócio-afetividade, da dignidade da pessoa humana, da não discriminação e da igualdade restou comprovada a importância destes para o reconhecimento da união homoafetiva como uma espécie de família prevista implicitamente na Carta Magna.

Conclusão

Ficou evidenciado, primeiramente, que a união homoafetiva é uma espécie de família existente na sociedade (respeitando-se os requisitos da afetividade, da estabilidade, da ostensibilidade e do objetivo de constituição de família) e , por questão de segurança jurídica, legitimidade e justiça social, demanda uma tutela jurídica.

Posteriormente, demonstrou-se que esta união encontra-se implicitamente abarcada no artigo 226 da Carta Magna (pela hermenêutica, pelos preceitos e princípios constitucionais elencados, com destaque a sócio-afetividade, a dignidade da pessoa humana, a não discriminação e a igualdade).

Deste modo, para combater o preconceito social e evitar mais controvérsias quanto ao

⁶ A Constituição Portuguesa em seu artigo 13, número 2, faz menção do termo orientação sexual.

⁷ Palestra realizada por Luiz Mott em 12 de maio de 2005 sobre a união entre homossexuais no Seminário Tendências Civilistas Contemporâneas organizado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e o curso *Modus Faciendi*.

reconhecimento desta espécie de família (a corrente majoritária da doutrina e dos julgadores não aceita a previsão das famílias implícitas), que pode ainda ensejar muito mais litígios (levando a uma insegurança jurídica), é necessário que o Direito passe o mais breve possível a discipliná-la também explicitamente.

O que não pode mais ser concebido é a freqüente equiparação pelos Tribunais da união homoafetiva, que consiste em um espaço próprio para o livre afeto entre os integrantes desta família, a uma sociedade de fato, meramente lucrativa.

O pioneiro Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é uma exceção a esta assertiva, pois, no que diz respeito à relação entre homossexuais, já vem acertadamente deslocando a competência das varas cíveis, que equiparam estas uniões às sociedades de fato (viés patrimonial apenas), para as varas de família, que tratam de relações de afeto (viés sócio-afetivo). É o exemplo do Agravo de Instrumento nº 599075496 (Oitava Câmara Cível):

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, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido (DIAS, 2003, p.24)

Para ficar mais claro este processo anacrônico de reconhecimento pelo Direito dos fatos sociais, que só vem a reforçar a necessidade do debate constante acerca da união homoafetiva, vale discorrer um pouco sobre o exemplo da união estável.

A união estável, mesmo estando consolidada na sociedade, tardou por ser considerada pelo Direito uma família. Isso só se deu com a Constituição Federal do Brasil de 1988. Anteriormente, era tida pelo Direito como uma relação concubinária e equiparada a uma sociedade de fato, com o escopo de dividir ao final do relacionamento o patrimônio adquirido com o esforço comum, evitando, assim, o enriquecimento ilícito (Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal), visto que não havia nem mesmo previsão implícita desta espécie de família.

Em relação à união homoafetiva, espécie de família consolidada na sociedade e prevista implicitamente na Carta Magna, há o Projeto de Lei 1.151/95, de autoria de Marta Suplicy, que ainda está em trâmite, aguardando aprovação do plenário. Este projeto disciplina a união civil entre os homossexuais não equiparada ao casamento. Contudo, o mais grave é que, mesmo antes de ser aprovado, já é alvo de críticas bastante razoáveis.

O presidente do Grupo Gay da Bahia, Luiz Mott, por exemplo, na palestra já mencionada anteriormente, considerou o projeto de Marta Suplicy muito limitado, pois este não foi capaz de disciplinar, mesmo com o respaldo da Constituição Federal do Brasil de 1988, a união homoafetiva como família. Trata-se, portanto, de um retrocesso.

Para a união homoafetiva não cabe outra forma de disciplina senão como uma espécie de família. Qualquer equiparação a outro instituto do Direito, como à sociedade de fato, está se desrespeitando a Carta Magna, violando, deste modo, importantes direitos dos integrantes desta família, como, por exemplo, a previsão de alimentos, além de atentar à própria dignidade destes sujeitos.

Por todo o exposto, nada mais apropriado do que finalizar o texto com um trecho da poesia imortal “Pra não dizer que não falei das flores” de Geraldo Vandré: “Vem vamos embora que esperar não é saber/ Quem sabe faz a hora não espera acontecer”.

Referências

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; COSTA, Judith Martins. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Comentários ao Novo Código Civil - Do Direito Pessoal (arts. 1511 a 1590). TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005. 17 v.

DANTAS, Santiago. Direito de Família e das Sucessões. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. União Homossexual: O Preconceito & a Justiça. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Homoafetividade: O que diz a Justiça! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 5 v.

FACHIN, Luiz Edson. Direito de família. In: Comentário Sobre o Projeto do Novo Código Civil. 20 v. Brasília: Série Caderno do Centro de Estudos Jurídicos, 2002.

- FARIAS, Cristiano Chaves. A União entre homossexuais é protegida constitucionalmente? A união estável e as sociedades de fatos e Uniões Homoafetivas: questão de respeito à Constituição. Salvador: Jus Podivm, a. I, n. 1, p. 20 a 28, Abril/Maio/Junho, 2004a.
- _____. Direito Constitucional à Família (ou Famílias Sociológicas versus Famílias reconhecidas pelo Direito: um Bosquejo para uma Aproximação Conceitual à Luz da Legalidade Constitucional). In: FARIAS, Cristiano Chaves (org.). Temas Atuais de Direito e Processo de Família. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004b.
- FOUCAULT, Michel (org. e trad. Roberto Machado). Microfísica do Poder. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1979.
- LÔBO, Paulo Luís Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de.(Org.). Temas atuais de Direito e Processo de família. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Direito de Família. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 2 v.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 5 v.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família: Uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do Projeto do Código Civil. In: Comentário Sobre o Projeto do Novo Código Civil. 20 v. Brasília: Série Caderno do Centro de Estudos Jurídicos, 2002.
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito de Família. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 6 v.
- TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 6 v, 4. ed.. São Paulo: Atlas S.A., 2004.
- WALD, Arnold. Curso de Direito Civil Brasileiro – O novo Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2003.