

UNIÃO HOMOSSEXUAL: ESPÉCIE DE ENTIDADE FAMILIAR

Matheus Diego do NASCIMENTO¹
Sandro Marcos GODOY²

RESUMO: O presente trabalho tem por fim demonstrar que o rol de entidades familiares trazido pela Constituição Federal é meramente exemplificativo. Assim, com base nos princípios constitucionais e na regra geral de inclusão, disposta no artigo 226, § 4º da Carta Cidadã de 1988, não existe razões para se negar o reconhecimento de tais relações afetivas, uma vez que a própria sociedade reclama por tal direito.

Palavras-chave: Família. União homossexual. Entidade familiar.

1 A FAMÍLIA

O Direito de Família é uma das áreas mais apaixonantes do ramo jurídico, entretanto, não há um consenso na doutrina para se definir o que vem a ser família. Em linhas gerais, se caracteriza por regular as relações entre os seus diversos membros.

E isso se dá em razão da família ser um instituto jurídico dinâmico, que exige atualizações em seu conceito ao longo dos tempos.

À míngua disso, importante salientar o conceito dado por MIRANDA (2001, p. 59):

Ora significa o conjunto das pessoas que descendem de tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos

¹ - Discente das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente e estagiário da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e do Ministério Público do Trabalho – Ofício de Presidente Prudente, e-mail: matheusdiego@unitoledo.br.

² - Docente das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente e advogado em Presidente Prudente.

estranhos; ora o conjunto de pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consangüinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados por lei; ora o marido e a mulher, descendentes e adotados; ora, finalmente, marido, mulher e parentes sucessíveis de um e de outra.

Apesar da inexistência de um conceito certo e determinado, a família, nas mais variadas formas de entidades familiares, se aperfeiçoa, especialmente, pela afetividade, pela dignidade da pessoa humana, pela igualdade, pela paternidade responsável e pelo respeito.

E essas características encontram respaldo, basicamente, na legislação constitucional, na modalidade de princípios, sejam expressos ou implícitos.

Dessa forma, se revelam valores que servem, inclusive, de orientação para as gerações futuras, para que se possa manter sempre um conceito atual do que venha a ser a instituição família, mesmo que sejam acepções divergentes.

2 NOÇÕES DE HOMOSSEXUALIDADE

A palavra homossexual é formada pelo prefixo grego *hómos*, que significa o mesmo ou semelhante e pelo termo sexual, que deriva do latim *sexu*, e que segundo exprime BRANDÃO (2002, p. 15), “[...] se conclui pertencente ao mesmo sexo”.

Os primeiros conceitos dados pela doutrina em geral acerca dos homossexuais davam conta de que se tratavam daqueles que se propunham a se relacionar sexualmente com outras pessoas do mesmo sexo.

Todavia, o avanço das relações inter-pessoais fez com que essas denominações se tornassem ultrapassadas, ou seja, inadequadas para expressar a realidade, pois, conforme BRANDÃO (2002, p. 16), “[...] foi afastado o caráter exclusivo das relações com parceiros do mesmo sexo, caracterizando a homossexualidade como gênero e a bissexualidade, como espécie”.

Assim, a homossexualidade pode ser vista em sentido amplo, como gênero, abarcando as espécies bissexualidade e homossexualidade em sentido estrito.

Sendo assim, a doutrina, com seu rigor técnico, apurou um conceito mais moderno, consoante BRANDÃO (2002, p. 17):

[...] homossexual é a pessoa que se relaciona sexualmente, quer de fato, quer de forma fantasiosa, imaginária, com parceiros pertencentes ao mesmo sexo que o seu, mantendo-se, todavia, satisfeito com o seu sexo biológico.

Ainda, a homossexualidade poder ser masculina ou feminina. O homossexualismo masculino também é conhecido por sodomia ou uranismo. Já o homossexualismo feminino é também conhecido por safismo, lesbianismo ou tribadismo.

3 UNIÃO HOMOSSEXUAL NO DIREITO ESTRANGEIRO

Torna-se necessária a menção, no presente trabalho, a maneira como é tratada a união homossexual pelo mais diversos países. Alguns permitem, inclusive, o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Todavia, outros sequer têm qualquer previsão legal.

Conforme dispõe BRANDÃO (2002, p. 40), “[...] o cenário mundial se divide atualmente em três blocos: liberais, conservadores e intermediários”.

Os países tidos como liberais são em sua maioria, os países nórdicos, como a Suécia e a Noruega e ainda, a Holanda, que tem a legislação mais avançada. Já os países conservadores são, especialmente, os muçulmanos e islâmicos, como Afeganistão, Irã e Paquistão. Por fim, a grande massa de países se encontra dentre os conservadores, aonde se discutem os direitos dos homossexuais nas Casas Legislativas e há tendência jurisprudencial neste sentido, e o Brasil se enquadra nesta última classificação.

A Dinamarca, em 1989, foi o primeiro país a permitir o registro das uniões civis entre homossexuais.

Em 1993, foi a vez da Noruega, possibilitar a parceria registrada.

No que se refere ao governo holandês, este reconhece a união civil homossexual desde 1998, porém, foi em dezembro de 2000 que finalmente aprovou o casamento e a adoção de crianças a casais do mesmo sexo.

Já a regulamentação da união homossexual no direito francês se deu em outubro de 1999, com a aprovação do Pacto Civil de Solidariedade (PACS), registrando-se naquele país, após a criação do supracitado pacto, cerca de 6200 (seis mil e duzentos) casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Nos Estados Unidos da América, o assunto é bem controvertido, pois, não há um consenso entre os 50 (cinquenta) Estados americanos acerca do reconhecimento da união matrimonial homossexual, devido a autonomia legiferante dos mesmos. Porém, opostamente e em destaque, encontra-se o Estado do Havaí, concorde dita DIAS (2000, p. 46):

No Havaí, foi promovida uma ação por três casais homossexuais contra o Estado, por ter-lhes sido negada a licença para o casamento. O direito de casar acabou reconhecido pela Suprema Corte, sob o fundamento de que a negativa viola a emenda da Constituição americana de isonomia, que garante direitos iguais a todos, pois os casamentos legalmente celebrados têm de ser aceitos em todos os Estados americanos.

Com isso, a decisão da Suprema Corte americana abriu um precedente para que se reconhecesse o casamento gay. Tanto é assim, que alguns Estados já o reconheceram, como por exemplos, Massachusetts e Nova York.

À título de complementação dos estudos, cabe ainda mencionar diversos outros países que já regulamentam de alguma forma, a união entre pessoas do mesmo sexo, como por exemplos: Canadá, Espanha e Alemanha.

4 DAS ESPÉCIES DE ENTIDADES FAMILIARES PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO

O legislador brasileiro regulamentou, expressamente, somente três espécies de entidades familiares, que são: casamento, união estável e família monoparental, sendo omissivo quanto à união homossexual, mesmo após a entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/02).

4.1 Do Casamento

Acerca do instituto do casamento propriamente dito, este é tido pela Constituição Federal de 1988 como uma entidade familiar por excelência, merecendo especial proteção do legislador constituinte.

“A Constituição Federal de 1988 reconheceu outras formas de entidades familiares. Todavia, o instituto do casamento foi preservado na sua posição de destaque, sendo considerado o modelo básico de família” (AMARAL, 2002, p. 42).

Para DINIZ (2002, p. 39), “o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”.

4.2 Da União Estável

Em relação a união estável, de acordo com AMARAL (2002, p. 44), “[...] conceitua-se união estável como sendo a união duradoura de um homem e de uma mulher, sendo notória e estável, com a intenção de constituir família, desde que esta união possa ser convertida em casamento”.

Ainda, DINIZ (2002, p. 322-325) não obstante notável saber jurídico, preferiu seguir a doutrina mais tradicional, impondo que para a caracterização da união estável, há a necessidade de diversidade de sexo, como fim desta.

Fica claramente perceptível que o legislador, seguido pela doutrina, mais uma vez, se omitiu quanto a possibilidade da união estável ser constituída por duas pessoas do mesmo sexo.

4.3 Da Família Monoparental

Essa espécie familiar vinha se consolidando ao longo dos anos no cenário da sociedade brasileira moderna, principalmente, após a Lei nº 6.515/77, que instituiu o divórcio.

Assim, a Carta Magna de 1988, num passo de brilhantismo jurídico, reconheceu a família monoparental como entidade familiar, oferecendo-lhe a devida tutela.

Nas palavras de FERVENÇA (2003, p. 50):

Tais famílias são formadas por qualquer um dos pais e seus descendentes ou apenas por descendentes. Podem surgir por escolha própria de um dos genitores, ou seja, a faculdade que tem o pai ou a mãe de criar sozinho seus filhos, por exemplo, homem ou mulher solteiro adotar, ou pode surgir por motivos alheios à vontade dos genitores, como ocorre nos casos de morte de um dos cônjuges, desaparecimento, divórcio ou separação, de fato ou judicial.

Porém, se deve lembrar que a jurisprudência tem ampliado o conceito de família monoparental, considerando-a também, aquela formada somente por descendentes.

5 UNIÃO HOMOSSEXUAL COMO ESPÉCIE DE ENTIDADE FAMILIAR

A Constituição Federal em seu artigo 226, ao exigir a diversidade de sexos como pré-requisito para a configuração do casamento e da união estável como entidades familiares, deixou clara a intenção funesta do poder originário. Já ao dispor acerca da família monoparental, o legislador constituinte foi omissivo.

Trata-se, no caso, de erro inescusável, pois viola, abruptamente, um dos próprios objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é a promoção do bem comum, livre de preconceitos, inclusive, de ordem sexual, disposto no artigo 3º, IV da Carta Cidadã.

Assim, ao se exigir a diversidade de sexos como pressuposto de existência das entidades familiares, há uma notável violação aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da liberdade sexual.

Além do mais, o artigo 226, § 4º, da Carta Cidadã de 1988, traz uma regra geral de inclusão, ao dispor que “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Isto porque, para parte da doutrina, a redação do dispositivo demonstra que o rol é meramente exemplificativo.

Portanto, ao prever novas espécies de entidades familiares, o legislador originário deixou aberta a possibilidade da união entre pessoas do mesmo sexo, com base nessa regra geral de inclusão. E nesse sentido já decidiu o douto Ministro Celso de Mello, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3300-MC/DF:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOUTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO,

DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF? DECISÃO: [...] Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...)'. (grifei) Vale rememorar, finalmente, ante o caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos, que, emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acham-se consubstanciados em acórdãos assim ementados: "Relação homoerótica - União estável - Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade - Analogia - Princípios gerais do direito - Visão abrangente das entidades familiares - Regras de inclusão (...) - Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 - Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas." (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil – grifei) [...].

E a ampliação das espécies de entidades familiares é possível, consoante decisão do Pretório Excelso, com fulcro nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade sexual.

Dessa forma, se pode dizer que não há razões para se negar às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, já que o tratamento desigual deteriora a idéia de garantismo trazida pela Constituição Federal, pois, é incompatível privar as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo e ao mesmo tempo, assegurar direitos, tidos como fundamentais.

Insta salientar que o grande entrave ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, na espécie de união estável, consiste na idéia de que para muitos doutrinadores, a diversidade de sexos é inerente ao conceito de casamento e como a Constituição Federal em seu artigo 226 possibilita a conversão da união estável em casamento, seria impossível conceber a essa espécie de relação afetiva o caráter de entidade familiar.

Porém, conforme já mencionado neste tópico, o entendimento do Supremo Tribunal Federal deve ser considerado, ao ponto de subdividir a união estável em duas sub-espécies: heteroafetiva e homoafetiva.

Ou seja, enquanto a união estável heteroafetiva se caracteriza pela união duradoura, pública e contínua entre um homem e uma mulher, com a possibilidade de conversão em casamento; a união estável homoafetiva se caracteriza pela união entre duas pessoas do mesmo sexo, competindo ao intérprete da norma constitucional definir a respeito da possibilidade de sua conversão em casamento ou não – o que por certo, deverá ser concretizado ao longo dos anos, como forma de obstrução aos pré-conceitos estagnados na sociedade.

6 CONCLUSÃO

Conclui-se afirmando que como não há possibilidade de se alegar a inconstitucionalidade do § 3º do artigo 226 da Constituição Cidadã, em razão do ordenamento pátrio não permitir tal declaração, alternativa não resta, senão protestar pelo reconhecimento da união homossexual como espécie de entidade familiar, na modalidade de união estável, pelos motivos já expostos, com base na regra geral de inclusão; na observância dos princípios constitucionais inerentes à pessoa enquanto ser humano e no juízo atribuído à sociedade internacional.

Por fim, preza-se pela proteção a essas uniões, desde que preenchidos os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, de acordo com a regra geral de inclusão disposta na Constituição Federal, pois, se fosse pretendido o impedimento a essas relações, deveria o legislador constituinte prever norma de

exclusão explícita. Como assim não o fez, é direito de todo e qualquer cidadão, constituir uma união homossexual e vê-la reconhecida como entidade familiar, na condição de união estável, conforme entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Fernanda Stefani. **A família perante o novo código civil**. 2002. 77f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2002.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **União civil entre pessoas do mesmo sexo. Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas. Pretendida qualificação de tais uniões como entidades familiares. Doutrina. Alegada inconstitucionalidade do art. 1º da lei nº 9.278/96. Norma legal derogada pela superveniência do art. 1.723 do Novo Código Civil (2002), que não foi objeto de impugnação nesta sede de controle abstrato. Inviabilidade, por tal razão, da ação direta. Impossibilidade jurídica, de outro lado, de se proceder à fiscalização normativa abstrata de normas constitucionais originárias (CF, art. 226, § 3º, no caso). Doutrina. Jurisprudência (STF). Necessidade, contudo, de se discutir o tema das uniões estáveis homoafetivas, inclusive para efeito de sua subsunção ao conceito de entidade familiar: matéria a ser veiculada em sede de ADPF? Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3300 MC/DF. Requerentes: Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo e outra. Requeridos: Presidente da República e outro. Relator: Exmo. Sr. Min. Celso de Mello. Brasília, 03 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=3300&d=DESP>>. Acesso em: 03 mai. 2007.**

_____. **Vade mecum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. V. 5. 18. ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

FERVENÇA, Amanda Cavalcante. **Famílias monoparentais: a ausência de legislação no direito civil brasileiro**. 2003. 92f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2003.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 6. ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. 1. ed. – Campinas; Bookseller, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2006.