

A UNIÃO HOMOAFETIVA SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

THE HOMOAFECTIVE UNION UNDER THE CONSTITUCIONAL PERSPECTIVE

RESUMO

O presente artigo analisa o debate sobre o reconhecimento civil da união homoafetiva sob a perspectiva constitucional, defendendo que tal união deve ter amparo constitucional no Brasil, a exemplo do que ocorreu recentemente na Argentina, primeiro país da América Latina a reconhecer legalmente a união civil entre pessoas do mesmo sexo, por meio de alteração no Código Civil.

ABSTRACT

This article analyzes the discussions about the recognition of the homoaffective union under the constitutional perspective, defending that such union must have constitutional support in Brazil, following the recent example in Argentina, first country in Latin America to legally recognize the civil union between people of the same sex, by modifying the Civil Code.

PALAVRAS-CHAVE: união homoafetiva, Constituição, Código Civil

KEY-WORDS: homoaffective union, Constitution, Civil Code

SUMÁRIO

1 O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA	1
2 OS NOVOS MODELOS DE FAMÍLIA.....	2
3 A UNIÃO HOMOAFETIVA.....	3
4 A EQUIPARAÇÃO CIVIL DA UNIÃO HOMOAFETIVA À UNIÃO ESTÁVEL	4
5 A UNIÃO HOMOAFETIVA À LUZ DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	5
6 A LEI NA ARGENTINA.....	6
7 O DEBATE SOBRE O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA	8
8 CONCLUSÃO	8
REFERÊNCIAS.....	9

1 O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA

A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu capítulo VII, trata da família, sem, entretanto, defini-la. Afirma, no art. 226, que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. No parágrafo 3º do mesmo artigo, reza 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”. Tampouco o Código Civil brasileiro define o que seja casamento ou família. O art. 1.511 do Código Civil estabelece: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Já o art. 1.514 define 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”.

Embora não haja uma definição explícita de família e casamento na Constituição Federal ou no Código Civil, é claro, entretanto, que a noção de família subjacente ao texto legal é a tradicional: a união entre homem e mulher. A positivação da norma é feita a partir da cultura vigente no tempo e no lugar onde se dá – por isso, provavelmente, os textos normativos eximem-se de definir o que seria óbvio. Entretanto, essa definição está sempre atrasada em relação aos fatos. Nas palavras de Maria Berenice Dias¹:

A Justiça é retardatária, sempre vem depois do fato e quer impor o cumprimento da lei, simplesmente negando qualquer direito a quem age contrário aos modelos de comportamento aceitos pela sociedade. Ora, o legislador, com sua postura conservadora, tenta manter aquilo que está posto. [...]

A família assim tutelada pelo Estado sempre teve um perfil patriarcal, sendo uma relação hierarquizada, patrimonializada, verticalizada e, é claro, heterossexual. O homem era o chefe da sociedade conjugal, o cabeça do casal, o administrador dos bens da família.

Se a Constituição e o Código Civil não definem taxativamente o casamento, o reconhecimento da união estável amplia a ideia anterior de família:

¹DIAS, Maria Berenice. A evolução da família e seus direitos. In: *Universo Jurídico*. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/3229/A_EVOLUCAO_DA_FAMILIA_E_SEUS_DIREITOS>. Acesso em: 11 out. 2010.

Ao ser reconhecida como família a união estável, ou seja, a união entre duas pessoas constituídas pelo laço da afetividade, houve o alargamento conceitual do que é família. Deixou de ser casamento, sexo e reprodução para ser identificada como o fruto de um elo de afetividade.²

Portanto, a ausência de definição não obsta a que se aceitem novas conformações para a família, surgidas a partir da realidade social.

2 OS NOVOS MODELOS DE FAMÍLIA

Distante da ideia antiga de família patriarcal, resultante do casamento entre homem e mulher e fortemente centrada na questão patrimonial, novos modelos de família se apresentam hoje na sociedade, aparecendo como um desafio ao legislador e ao magistrado a efetivação de sua proteção legal.

Não há como o Direito fazer-se cego à realidade. A evolução das relações sociais levou ao surgimento de grupos que têm o mesmo papel da família tradicional, mas com configurações diversas. Irmãos que vivem juntos, sem os pais; pais e mães solteiros, que criam seus filhos sem a participação de um cônjuge; homens e mulheres solteiros que adotam crianças e delas cuidam sozinhos são alguns dos exemplos de modalidades de família que desabrocharam da realidade da vida contemporânea criou. Outro exemplo, que é o aqui focado, é o dos casais homossexuais. Tais casais têm toda semelhança com a família “tradicional”. Não diferem da união estável entre homem e mulher, senão pelo gênero de seus componentes. Um casal homoafetivo pode perfeitamente estabelecer entre si uma “comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Note-se que, se “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”, nada impede que um casal homoafetivo cumpra os requisitos do art. 1.514 do Código Civil, manifestando perante um juiz sua vontade de estabelecer um vínculo conjugal. O único óbice é a diferença de sexos, exigência normativa que é fruto de uma sociedade em que a união homoafetiva não era considerada por não ter *status* de união conjugal.

Como bem observa Dias, a sociedade é dinâmica, e dela vão surgindo novos modelos de família que precisam ser protegidos pela legislação. A realidade

² DIAS, Maria Berenice. A evolução...

social mostra hoje novos modelos de união que, por uma questão de direitos fundamentais, devem ser reconhecidas. Afirma a desembargadora:

Não mais cabe a naturalização da heterossexualidade.

Afinal, o que não é fruto de uma escolha não pode ser considerado um fracasso.

Formas de manifestação da sexualidade, por serem minoritárias e se afastarem do modelo tido por normal, nem por isso podem ser rotuladas como crime, pecado, vício ou afronta à moral e aos bons costumes³.

O Direito deve, portanto adaptar-se à realidade, na perspectiva apontada por Luiz Edson Fachin⁴: “há de se pensar o sistema jurídico como um sistema que se reconstrói cotidianamente, que não é pronto e acabado, que está à disposição dos indivíduos e da sociedade para neles se retratarem”.

Portanto, uma sociedade que se modificou notavelmente no que diz respeito aos modelos de constituição familiar deve ser retratada no sistema jurídico.

3 A UNIÃO HOMOAFETIVA

A homossexualidade é um fato. Do ponto de vista científico, há diversos estudos bastante elucidativos quanto à frequência da homossexualidade na sociedade. Entre eles o do sociólogo Frederick L. Whitam⁵, da Universidade do Arizona (EUA), que, numa pesquisa com homossexuais de diferentes países (Brasil, Estados Unidos, Filipinas, Guatemala, Peru e Tailândia), chegou a algumas conclusões importantes, entre as quais se destacam:

1. A homossexualidade [...] é universal, surgindo em todas as sociedades.

2. A porcentagem de homossexuais em todas as sociedades parece ser a mesma e permanece estável, independentemente do tempo. Em todo mundo, a população homossexual parece compreender não mais que 5% do total da população.

Portanto, não há como o Direito esquivar-se da realidade, negando a existência de uma minoria presente em todas as sociedades e que precisa ter seus direitos reconhecidos e preservados, na linha do que rezam os preceitos constitucionais consubstanciados na Constituição Federal do Brasil, como a

³ DIAS, Maria Berenice. A evolução...

⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁵ Apud PEDROSA, João Batista. *Onde foi que eu errei?* Disponível em: <http://www.syntony.com.br/artigos_terapia_sexual.asp?artMes=fev2003_onde_foi_que_eu_errei.asp>. Acesso em: 12 out. 2010.

igualdade de todos perante a lei (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” – *caput* do art. 5º) e a afirmação de que a República Federativa do Brasil tem entre seus objetivos fundamentais “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação” (inciso IV do art. 3º).

Por conseguinte, em respeito aos princípios constitucionais, o Direito deve caminhar para o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, quando presentes os mesmos requisitos previstos na norma que reconhece a união estável entre homem e mulher.

4 A EQUIPARAÇÃO CIVIL DA UNIÃO HOMOAFETIVA À UNIÃO ESTÁVEL

Embora tal questão não seja explicitada no texto constitucional, nem no Código Civil, cabe aqui uma pergunta cuja resposta pode auxiliar na compreensão do status da união civil ante o direito. Trata-se da seguinte questão: qual a finalidade do casamento (ou da união civil, a ele equiparada)? A ideia de que o casamento ou a união civil só podem ser considerados na relação entre homem e mulher deriva da concepção religiosa do casamento e da família como instância de perpetuação da espécie e multiplicação da prole, conforme a ordem bíblica: “Crescei e multiplicai-vos”. Se se considera, entretanto, em coerência com a mentalidade hodierna, que a união afetiva entre duas pessoas tem outras finalidades que não essas – e mesmo excluindo essas –, compreende-se que pode haver famílias que não estejam restritas ao modelo tradicional.

A união afetiva entre duas pessoas não aparentadas pode ter outros objetivos que não a reprodução, como a busca de estabilidade emocional, a construção de um patrimônio comum sob laços afetivos etc. Tanto é que muitos casais, atualmente, unem-se sem a pretensão de gerar prole. Nem por isso deixam de ter reconhecidos os direitos relativos a sua união. Ao tratar da definição de casamento, comenta César Fiuza: “O objetivo do casal será, como regra, o de obter satisfação e amparo recíprocos. A constituição de família é conseqüência inexorável, haja filhos ou não.”⁶ Por que, então, deduzir uma restrição normativa à união homoafetiva, senão com base em concepções religiosas que deveriam estar

⁶ FIUZA, César. *Direito Civil*: curso completo. 8. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 895.

afastadas das garantias legais a todos os cidadãos? Máxime se se levar em conta que, atualmente, diversos casais homoafetivos têm efetivamente constituído família com prole, pelo recurso da adoção, possibilitando assim que crianças desamparadas passem a ter um convívio familiar.

Se os textos relativos ao casamento e à união civil presentes na Constituição e no Código Civil tratam explicitamente da união entre homem e mulher, tal limitação deve-se ao fato de que não havia no horizonte mental do legislador outros modelos de união, ainda não consagrados pela realidade social. Se o objetivo do texto normativo é proteger a união afetiva entre duas pessoas que pretendem estabelecer “comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (art. 226, § 3º, da Constituição Federal), manifestando pública e oficialmente “sua vontade de estabelecer vínculo conjugal” (art. 1514 do Código Civil), é difícil enxergar outra possibilidade que não a proteção da união homoafetiva pelo ordenamento jurídico.

5 A UNIÃO HOMOAFETIVA À LUZ DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Em vista do exposto, é perfeitamente cabível uma interpretação constitucional no sentido do reconhecimento da união homoafetiva. Nesse sentido, pode-se avocar diversos métodos interpretativos que dão razão a uma interpretação da união civil extensiva aos casais homoafetivos. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, por exemplo, apresentam diferentes métodos interpretativos aplicáveis à interpretação constitucional que justificam essa interpretação extensiva. Afirmam os autores que, na perspectiva do método *tópico-problemático*, “modernamente, a Constituição é um sistema *aberto* de regras e princípios, o que significa dizer que ela admite/exige distintas e cambiantes interpretações”⁷. E, ao expor o método *científico-espiritual*, esclarecem que:

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 101.

sendo o direito constitucional uma positivação das possibilidades e funções próprias do mundo do espírito – um conjunto de normas que só se compreendem com referência a essas mesmas realidades espirituais, as quais, por seu turno, só se realizam, de forma plena e continuada, por força dessa positivação, que lhes confere normatividade –, por tudo isso, não deve o intérprete encarar a Constituição como um momento estático e permanente da vida do Estado, e sim como algo dinâmico, que se renova continuamente, a compasso das transformações, igualmente constantes, da própria realidade que as normas intentam regular.

A essa luz, portanto, em que aparece como instrumento ordenador da totalidade da vida do Estado, do seu processo de integração e, também, da própria dinâmica social, a Constituição não apenas permite, como igualmente exige uma interpretação extensiva e flexível [...]

Estendem-se ainda os autores na explanação desse método interpretativo, afirmando, na sua lógica, que a Constituição deixa

livre o caminho para que a própria experiência vá operando a integração dos variados impulsos e motivações sociais, de que se nutrem tanto a dinâmica política quanto a especificamente constitucional. Daí se caracterizarem os enunciados constitucionais [...] precisamente pela sua elasticidade e capacidade de autotransformação, de regeneração e de preenchimento das próprias lacunas.⁸

Por fim, cabe citar as considerações dos autores ao exporem o método *normativo-estruturante*:

para dirigir a conduta humana em cada situação, a norma, mais ou menos fragmentária, precisa de *concretização*, o que só será possível se nesse processo forem levadas em consideração, junto ao contexto normativo, também as peculiaridades das concretas relações vitais, que essa norma pretende regular; e que, enfim, à visa disso tudo, o processo de realização das normas constitucionais não pode desprezar tais particularidades, sob pena de fracassar diante dos problemas que elas são convocadas a resolver.⁹

Portanto, como se pode constatar, à luz de diferentes métodos interpretativos, é perfeitamente aceitável uma interpretação extensiva do texto constitucional que reconheça a união homoafetiva como união estável.

6 A LEI NA ARGENTINA

Recentemente, a Argentina deu exemplo aos vizinhos ao ser o primeiro da América Latina a reconhecer explicitamente na sua legislação, por força de uma

⁸ MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 106.

⁹ MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 108.

modificação no Código Civil, direitos iguais aos casais homoafetivos. A modificação foi feita pela Lei 26.618, promulgada no dia 21 de julho de 2010. O art. 172 do Código Civil Argentino foi modificado, com a inclusão do seguinte texto: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.”¹⁰ Tal texto é perfeitamente coerente com o requisito básico para a existência do casamento: “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.” Cabe lembrar que esse requisito está presente no Código Civil Brasileiro (art. 1.514), que também exige uma declaração livre de vontade perante a autoridade competente (o juiz de paz) para a existência do casamento civil.

O art. 42 da Lei 26.218 estabelece:

ARTICULO 42. — Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo.

Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.

Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo.¹¹

Como se vê, o país irmão deu exemplo de respeito aos direitos fundamentais, com uma legislação que coloca absolutamente em pé de igualdade o casamento entre pessoas do mesmo sexo e aquele entre homem e mulher. Assim, a norma torna-se coerente com os princípios de direitos humanos, entre eles a igualdade de todos perante a lei, proclamada no art. 16 da Constituição Argentina.

¹⁰ “O matrimônio terá os mesmos requisitos e efeitos, independentemente de os contraentes serem do mesmo sexo ou de sexos diferentes” (tradução do autor).

¹¹ “ARTIGO 42. — Aplicação. Todas as referências à instituição do matrimônio que contem nosso ordenamento jurídico se entenderão aplicáveis tanto ao matrimônio constituído por DUAS (2) pessoas do mesmo sexo como ao constituído por DUAS (2) pessoas de sexos distintos. Os integrantes das famílias cuja origem seja um matrimônio constituído por DUAS (2) pessoas do mesmo sexo, assim como um matrimônio constituído por pessoas de sexos distintos, terão os mesmos direitos e obrigações. Nenhuma norma do ordenamento jurídico argentino poderá ser interpretada nem aplicada no sentido de limitar, restringir, excluir ou suprimir o exercício ou gozo dos mesmos direitos e obrigações, tanto ao matrimônio constituído por pessoas do mesmo sexo como ao formado por DUAS (2) pessoas de sexos distintos” (tradução do autor).

7 O DEBATE SOBRE O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

No Brasil, o reconhecimento da união homoafetiva é proposto no Projeto de Lei 1.151/95. A discussão do projeto tem sido, como é natural, prolongada pelas pressões contrárias a sua aprovação, especialmente por parte de setores conservadores ligados às igrejas, que se opõem fortemente à aprovação do projeto. Apesar de a República Federativa do Brasil ser oficialmente um Estado laico, a influência da religião tem sido suficientemente grande para barrar o reconhecimento do direito fundamental dos casais homoafetivos. Com isso, a discussão tem frequentemente fugido do âmbito estritamente jurídico-legal.

No que diz respeito à discussão jurídica, o principal argumento dos que se opõem ao reconhecimento da união homoafetiva é o apego ao texto da norma, que fala explicitamente em união entre homem e mulher (cf. art. 226 da Constituição Federal e art. 1.514 do Código Civil, conforme citado). Ora, a realidade já superou a letra da norma, que deve, portanto, ser interpretada em conformidade com a realidade social, segundo já tratado neste texto.

Em vista da fragilidade da defesa da letra da lei, muitos opositores do reconhecimento da união homoafetiva acabam por enveredar por searas alheias ao mundo jurídico, apelando para questões que escapam de suas especialidades, como se pôde ver, por exemplo, em artigo sobre o tema publicado na Gazeta do Povo de 11 de agosto de 2009¹² pelo jurista Ives Gandra Martins, que recorre a argumentos não jurídicos para sustentar sua posição.

É perceptível, na discussão em torno do tema, a inexistência de argumentos jurídicos consistentes que consigam ir além da interpretação literal da norma.

8 CONCLUSÃO

Em vista do exposto, em que pese a controvérsia sobre o tema – baseada muito mais em questões extrajurídicas –, não se vê como sustentar que a união homoafetiva não possa ser reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, não

¹² MARTINS, Ives Gandra. União de homossexuais. In: *Gazeta do Povo*, Curitiba, 11 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/conteudo.phtml?tl=1&id=913602&tit=Uniao-de-homossexuais>>. Acesso em: 28 out. 2010. Em comentário ao artigo de Martins, o autor deste artigo publicou o texto seguinte, cuja leitura recomenda: BARREIROS, Tomás Eon. Homossexualidade e união civil. In: *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 13 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.24679>>. Acesso em: 25 out. 2010.

apenas no âmbito do Direito Civil (considerada, assim, apenas como um contrato entre partes livres), mas também pela norma constitucional, que proclama a igualdade de direitos como direito fundamental.

Assim como diversas nações de outros continentes que têm de há muito reconhecido o direito dos pares homoafetivos à união civil, a vizinha Argentina acaba de dar exemplo aos países latino-americanos, aprovando modificação no seu Código Civil que equipara o casamento entre pessoas do mesmo sexo ao casamento entre pessoas de sexos distintos. Se o casamento “estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, nada obsta que essa comunhão possa ser obtida na união entre pessoas do mesmo sexo, senão um preconceito calcado em noções religiosas que tendem a perder cada vez mais força num estado explicitamente laico, cuja Constituição prima pela proclamação da igualdade de direitos e tem como princípio fundamental “a dignidade da pessoa humana” (CF, art. 1º, III) e como objetivo fundamental “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, IV).

Embora se possa, talvez, alegar que a maioria dos brasileiros ainda pauta sua conduta pelas normas cristãs (o que carece de comprovação face a muitos indícios contrários), cabe ao Estado garantir os direitos das minorias, em consonância com os ditames principiológicos da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BARREIROS, Tomás Eon. Homossexualidade e união civil. In: *Conteúdo Jurídico*. Brasília-DF: 13 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.24679>>. Acesso em: 25 out. 2010.

DIAS, Maria Berenice. A evolução da família e seus direitos. In: *Universo Jurídico*. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/3229/A_EVOLUCAO_DA_FAMILIA_E_SEUS_DIREITOS>. Acesso em: 11 out. 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MARTINS, Ives Gandra. União de homossexuais. In: Gazeta do Povo, Curitiba, 11 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/conteudo.phtml?tl=1&id=913602&tit=Uniao-de-homossexuais>>. Acesso em: 28 out. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEDROSA, João Batista. *Onde foi que eu errei?* Disponível em: <http://www.syntony.com.br/artigos_terapia_sexual.asp?artMes=fev2003_onde_foi_que_eu_errei.asp>. Acesso em: 12 out. 2010.