

União homossexual: aspectos sociais e jurídicos

Maria Berenice Dias[\[1\]](#)

Sumário: [1. Visão histórica](#); [2. Causas possíveis](#); [3. Aspectos constitucionais](#); [4. Posturas legislativas](#); [5. No Brasil](#); [6. Parceria civil](#); [7. Adoção](#); [8. Conclusão](#).

Em face da grande polêmica que envolve o encaminhamento do Projeto que reconhece a chamada parceria civil registrada, tema permeado de preconceitos, tabus e mitos, mister fazer algumas colocações de caráter histórico e social sobre a homossexualidade e de como essas questões vêm sendo tratadas no âmbito do Direito.

Tudo que diz com a sexualidade é envolto em uma aura de mistério, sempre despertando curiosidade e profunda inquietação. Não só, mas principalmente nesse assunto, tudo que se situa fora dos estereótipos resta por ser rotulado de “anormal”, ou seja, fora da normalidade, que não se encaixa nos padrões convencionais. A sociedade tem valores culturais dominantes em cada época e um sistema de exclusões muitas vezes baseado em preconceitos estigmatizantes.

Questões que dizem com relações familiares e comportamentais situam-se mais na esfera privada do que na pública, cabendo à sociedade sua normatização. São, em regra, questões de lenta maturação. O divórcio, é um exemplo. Demorou, mas a sociedade brasileira acabou por aceitá-lo. A sociedade, nas últimas décadas, mudou a maneira de encarar a homossexualidade e a

virgindade das mulheres. Ficou mais tolerante com a primeira e revogou a necessidade da segunda.

Com a evolução dos costumes e a mudança dos valores, dos conceitos de moral e de pudor, o tema referente à orientação sexual deixou de ser “assunto proibido” e hoje é enfrentado abertamente, sendo retratado no cinema, nas novelas e na mídia. A visão polarizada sempre é extremamente limitante, sendo farto o anedotário sobre *gays*.

Ainda que a sociedade se considere heterossexual, a homossexualidade existe desde que o mundo é mundo. Nas culturas ocidentais contemporâneas, é marcada por um estigma, renegando à marginalidade aqueles que não têm preferências sexuais dentro de determinados padrões de estrita moralidade.

A homossexualidade é um fato que se impõe e não pode ser negado, estando a merecer a tutela jurídica, ser enlaçado como entidade familiar, o que não vai transformar a família nem estimular sua prática, pois, conforme diz o Deputado Fernando Gabeira, “ninguém vira homossexual lendo o Diário Oficial”.

Necessário mudar valores, abrir espaços para novas discussões, revolver princípios, dogmas e preconceitos.

1. Visão histórica

O vocábulo *homossexual* tem origem etimológica grega, significando “homo” ou “homoe”, que exprime a idéia de semelhança, igual, análogo, ou seja, homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa almeja ter.

A prática homossexual acompanha a história da humanidade e sempre foi aceita, havendo somente restrições à sua externalidade, ao comportamento homossexual.

Na Grécia antiga, fazia parte das obrigações do preceptor “servir de mulher” ao seu preceptor, e isso sob a justificativa de treiná-lo para as guerras, em que inexistia a

presença de mulheres.

Nas Olimpíadas gregas, os atletas competiam nus, exibindo sua beleza física. Era vedada a presença das mulheres na arena, pois não tinham capacidade para apreciar o belo. Também nas manifestações teatrais os papéis femininos eram desempenhados por homens travestidos ou com o uso de máscaras. Manifestações evidentemente homossexuais.

O maior preconceito contra a homossexualidade provém das religiões. A concepção bíblica vem do preceito judaico, na busca de preservação do grupo étnico. Toda relação sexual deveria tender à procriação. Daí a condenação da homossexualidade masculina por haver perda de sêmen, enquanto a homossexualidade feminina era considerada mera lascívia. A Igreja Católica, ao pregar que sexo se destina fundamentalmente à procriação, considera a realação homossexual uma aberração da natureza, uma transgressão à ordem natural, verdadeira perversão, baseada na filosofia natural de São Tomás de Aquino. Daí serem consideradas antinaturais a masturbação, a homossexualidade e o sexo sem procriação. Por coerência, deveria ser vedado o casamento de mulheres na menopausa ou de pessoas que se sabem estéreis. De qualquer forma, pratica-se mais o sexo recreativo do que o procriativo.

Já o Estado, para não regulamentar as uniões de pessoas do mesmo sexo, acaba por invocar o dever de procriação, até porque cada vez mais o aborto está buscando legalização. O fundamento para negar juridicidade à relação homoafetiva é que desvalorizaria o sentido social do sexo, a base da vida familiar, sendo o casamento heterossexual a base central da sociedade moderna. Há, porém, uma certa corrente que considera o casamento, extremamente liberticida, uma instituição criada pela burguesia após a Revolução Francesa. Seria uma contradição ao liberalismo e uma interferência indevida do Estado. O escritor americano Sullivan[2] aponta a conveniência do casamento *gay*. Os casais se incorporariam aos esforços para

restaurar os valores familiares. Os casamentos heterossexuais se fortaleceriam, pois não seriam realizados por mera conveniência. Ao serem absorvidas pela sociedade, as uniões seriam tão conservadoras como as heterossexuais.

2. Causas possíveis

Na área da Psicologia, a homossexualidade é encarada como um distúrbio de identidade, e não como uma doença. Também não é hereditária nem é uma opção consciente ou deliberada. Para o psicólogo Roberto Graña, [\[3\]](#) é fruto de um determinismo psíquico primitivo, que tem origem nas relações parentais desde a concepção até os 3 ou 4 anos de idade, quando se constitui o núcleo da identidade sexual na personalidade do indivíduo, que irá determinar sua orientação sexual. Assim, por ser algo involuntário, não poderia ensejar qualquer reprovabilidade social ou jurídica.

A discriminação contra os homossexuais os leva à busca de ocultação da identidade sexual (homossexuais virilóides ou enrustidos), assumindo uma dupla personalidade, acarretando sérios problemas psíquicos. Embora incorporando uma natureza homossexual, adotam uma postura e se comportam como heterossexuais, o que leva, muitas vezes, à bissexualidade. Mas, se acabam casando e tendo filhos, a tendência é o fracasso da união. Tentando manter na clandestinidade sua tendência homossexual, levam vidas promíscuas e, em muitos casos, transmitem AIDS às esposas.

Já os homossexuais feminóides ou assumidos (forma e aparência femininas) revelam suas tendências femininas desde a infância e acabam se impondo no meio social. Não precisam fingir que são homens e muitas vezes se esmeram e exageram em parecer com o sexo oposto. São esses que se unem a outro parceiro, em união livre, passando a viver como se casados fossem à semelhança de uma relação concubinária entre um homem e uma mulher. Essa convivência pode ser duradoura, contínua e estável, formando um núcleo familiar em que só não existe o

objetivo de gerar filhos.

No campo científico, mudou o conceito das relações de pessoas do mesmo sexo. No ano de 1985, deixou de constar do art. 302 do Código Internacional das Doenças – CID – como uma doença mental, 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.

Recente pesquisa realizada nos EUA mostra a existência de causas genéticas no desenvolvimento da homossexualidade. O estudo de gêmeos univitelinos, bivitelinos e adotados mostra que 30 a 70% dos casos decorrem de fatores genéticos, e não somente do ambiente social e afetivo em que são criados. Busca-se agora identificar os gens que agem no desenvolvimento da homossexualidade. Também restou identificado que o hipotálamo (região do cérebro que parece controlar certos impulsos sexuais) dos homossexuais tem a metade do tamanho do hipotálamo dos heterossexuais, sendo da mesma dimensão do das mulheres. Assim, não se deve taxar a homossexualidade como um desvio de conduta ou uma escolha pessoal.

Não sendo uma opção livre, mas fruto de um determinismo psicológico, não merece ser objeto de reprovação ou marginalização social, e o legislador não pode ficar insensível à necessidade de regulamentação dessas relações.

Mas já vai longe o tempo em que as pessoas eram condenadas por pederastia, como aconteceu com o escritor Oscar Wilde.

Os chamados movimentos gays têm-se proliferado, procurando dar transparência ao fenômeno, bastando lembrar a Olimpíada de New York, de 2000, que contou com a participação de 11.000 atletas de 44 países.

Os países mais evoluídos da Europa já admitem as uniões homossexuais, e intenso é o empenho do Parlamento Europeu para a criação de uma lei possibilitando o casamento homossexual na

União Européia.

No Havaí, uma ação promovida por 3 casais homossexuais contra o Estado por ter-lhes sido negada licença para o casamento acaba de ser acolhida pela Suprema Corte, sob o fundamento de que a negativa viola a emenda da Constituição americana que garante direitos iguais a todos. Como os casamentos legalmente têm de ser aceitos em todos os Estados americanos, urge uma posição dos Estados que têm autonomia legiferante.

3. Aspectos constitucionais

Firmando a Constituição Federal a existência de um estado democrático de direito, tendente à realização dos direitos e liberdades fundamentais, vêm cada vez mais os direitos humanos se desdobrando em gerações. Nos chamados direitos de primeira geração, pontifica o direito à liberdade e à igualdade. Ante a ampliativa visão dos direitos humanos, chega-se aos direitos de terceira geração, em que se situam os direitos de solidariedade, alcançando os direitos coletivos e difusos. Não se pode deixar de situar as questões suscitadas pela sexualidade nessas categorias, por dizerem precipuamente com o princípio fundamental da isonomia e com a proibição de discriminações injustas.

O Direito de Família recebeu forte influxo do Direito Constitucional, sendo que o princípio da igualdade restou por fazer verdadeira faxina nas discriminações que existiam no campo das relações familiares. O núcleo do atual sistema jurídico que sustenta o fundamento do Estado está posto de forma saliente no inciso III do art. 1º da Constituição Federal. Trata-se do respeito à dignidade humana, que ocupa uma posição privilegiada no texto constitucional.

O grande pilar que serve de base à Constituição é a consagração dos princípios da liberdade e da igualdade. Tais enunciados não podem se projetar no vazio, pois não se concebe

que a Constituição tenha normas programáticas. Assim, é necessário reconhecer sua eficácia jurídica, que acaba por aportar no Direito de Família.

Já no inciso I do art. 5º – artigo que enfeixa a maioria dos direitos assegurados pela Carta Magna –, é consagrado o princípio da igualdade: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. O inciso IV do art. 2º estabelece como objetivo fundamental do Estado a promoção do bem de todos sem preconceitos de sexo, ou seja, veda qualquer discriminação sexual. A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental de um estado democrático de direito, alcança a vedação de discriminar a homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva.

Orientação sexual é a identidade pessoal com alguém do mesmo sexo, do oposto, de ambos ou de nenhum sexo. A identificação da orientação sexual está condicionada ao sexo da pessoa escolhida em relação à pessoa que escolhe, e tal escolha não pode ser alvo de tratamento diferenciado.

Se alguém dirige seu interesse sexual a outra pessoa, isto é, opta por outrem para manter um vínculo afetivo, está exercendo sua liberdade. O fato de direcionar sua atenção a uma pessoa do mesmo ou de distinto sexo que o seu, não pode ser alvo de tratamento discriminatório. Decorre exclusivamente do sexo da pessoa que faz a escolha, a qual dispõe da liberdade de optar. O tratamento diferenciado por alguém orientar-se em direção a um ou outro sexo evidencia uma clara discriminação à própria pessoa em função de sua identidade sexual. O fato de nada sofrer se tender a vincular-se a pessoa do sexo oposto ao seu e ser alvo do repúdio social por dirigir seu desejo a pessoa do mesmo sexo é prova clara da existência de discriminação. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída, por óbvio, a opção sexual que se tenha.

Assim, a proteção contra a discriminação sexual envolve o

direito à orientação sexual, uma vez que o sexo da pessoa eleita (se homem ou mulher) não pode gerar tratamento desigualitário com relação a quem escolhe, sob pena de se estar discriminando alguém pelo sexo que possui: se igual ou diferente do sexo da pessoa escolhida.

Já se posicionaram as Cortes Supremas do Canadá, Estados Unidos e Havaí no sentido de que a discriminação por orientação sexual configura discriminação sexual.

Qualquer discriminação baseada na orientação sexual evidencia claro desrespeito à dignidade humana, infringindo o princípio maior consagrado na Constituição Federal. Não cabe subdimensionar a eficácia jurídica da eleição da dignidade humana como um dos fundamentos do estado democrático de direito. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, servir de fortalecimento a estigmas sociais de forma a causar sofrimento a muitos seres humanos.

Também é de lembrar a eficácia das normas internacionais recepcionadas pelo ordenamento jurídico pátrio. Como preceitua o § 2º do art. 5º da CF, os tratados internacionais de que o Brasil seja parte se incorporam aos direitos e garantias decorrentes dos princípios por ela adotados. A Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto de San Jose, dos quais o Brasil é signatário, servem de fundamento para que a ONU tenha por ilegítima qualquer interferência na vida privada de homossexuais adultos.

Seja com base no princípio do respeito à dignidade humana, seja pelo princípio da igualdade, desarrazoada a eleição de fator discriminante para a desequiparação aos direitos deferidos a heterossexuais. A discriminação sexual afronta o princípio da isonomia e a cláusula constitucional de respeito à liberdade.

4. Posturas legislativas

Nos ordenamentos jurídicos, em se tratando do reconhecimento da homossexualidade, há quatro modelos:

1) O chamado modelo **expandido**, que adota políticas de não-discriminação, descriminaliza condutas, institui ações afirmativas e apóia organizações de homossexuais. A Holanda, que já admitia o registro da união homossexual, foi o primeiro país do mundo a autorizar, no ano de 1998, o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

A Dinamarca, Suécia e Noruega, Groelândia e Islândia possuem leis que concedem à parceria os mesmos direitos das pessoas casadas, só havendo impedimento à adoção.

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

2) O modelo **intermediário** abrange a descriminalização e proíbe medidas discriminatórias, sem apontar iniciativas positivas, como ocorre na França, Austrália e em alguns Estados americanos, como New York e New Jersey.

Nenhum dos 50 Estados americanos reconhece a união matrimonial homossexual. Em 10/9/1996 foi aprovada lei em defesa do casamento, que nega o reconhecimento federal a casamento de pessoas do mesmo sexo e permite que os Estados não aceitem esse tipo de união legalizada em outros lugares.

3) Num grau inferior estão os ordenamentos que simplesmente impedem a criminalização, não articulando, no entanto, qualquer medida eficaz de proteção aos direitos fundamentais dos homossexuais.

4) Já nos países islâmicos, a homossexualidade é reconhecida como crime, podendo ser punida com a pena de morte.

5. No Brasil

Tramita no País a Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 139/95 – de autoria da Deputada Marta Suplicy, que altera os arts. 3º e 7º da CF, para proibir a discriminação por motivo de orientação sexual.

Além das garantias constitucionais, nas ordens jurídicas estaduais e municipais estão surgindo regulamentações com referências mais específicas. Assim as Constituições dos Estados do Mato Grosso e Sergipe, bem como a Lei Orgânica do Município de Porto Alegre e de 74 outros municípios, que já expressam explícita proteção à discriminação por orientação sexual.[\[4\]](#)

6. Parceria civil

No substitutivo do Projeto de Lei nº 1.151/95, de autoria da Deputada Marta Suplicy, o termo **união civil** foi trocado para **parceria civil registrada**, para não ser confundida com casamento. Busca tão-só autorizar a elaboração de um contrato escrito, com a possibilidade de ser registrado em livro próprio no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais.

Conforme diz a própria justificativa do Projeto, ele não se propõe dar às parcerias homossexuais um *status* igual ao do casamento. Visa a conceder amparo às pessoas que o firmam, priorizando a garantia dos direitos de cidadania.

Pode pactuar deveres, impedimentos e obrigações e conter disposições de caráter patrimonial. Protege o direito de propriedade e garante direito de sucessão, de usufruto (da metade ou quarta parte dos bens enquanto não registrar outro contrato), benefícios previdenciários, direitos de curatela, impenhorabilidade da residência, direito de nacionalidade em

caso de estrangeiros, possibilidade de declaração no imposto de renda e composição da renda para compra ou aluguel de imóvel.

Ainda que não pressuponha a existência de uma relação afetiva ou homossexual entre os parceiros, somente podem contratar pessoas solteiras, viúvas ou divorciadas (inciso I do § 1º do art. 1º). Também o Projeto veda a alteração do estado civil durante sua vigência. Ao vetar que os parceiros se casem, gera novo impedimento matrimonial não elencado no art. 183 do CC.[\[5\]](#) Nitidamente o Projeto protege as relações homossexuais, criando um vínculo jurídico gerador de efeitos pessoais e patrimoniais. Portanto, não pode ser enquadrado exclusivamente no campo obrigacional.

O direito ao usufruto, criado pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.212/62), tem caráter protetivo da família, com finalidade alimentar. Mas se trata de direito assegurado ao parceiro. Inclusive prevalece aos descendentes e ascendentes, pois subtrai destes o direito ao uso dos bens. Também tem o parceiro preferência aos familiares para o exercício da curatela, o que mostra o caráter familiar do instituto. Assim, não se justifica a falta de previsão de alimentos, já que concedido o amparo por morte, mas não para o caso do fim do relacionamento. De qualquer forma, não está vedada a possibilidade de se preverem alimentos entre suas cláusulas.

Ainda que o contrato tenha semelhança com o pacto antenupcial, é mais vantajoso. Os nubentes podem deliberar somente quanto ao regime de bens, sendo ampla a liberdade dos parceiros para estabelecer deveres e impedimentos de caráter pessoal. Também a infração dos deveres contratados dá ensejo ao rompimento do contrato (inciso I do art. 5º), o que inexiste com o casamento.

O substitutivo, estabelece o prazo mínimo de 2 anos para sua extinção por desinteresse de um dos contratantes. Não autoriza a adoção de sobrenome, a mudança do estado civil e a

constituição de família.

Independente de suas imperfeições e imprecisões técnicas, a parceria civil marca o início da saída da marginalidade, deixando os homossexuais de ser excluídos para ser incluídos no laço social a ensejar o conhecimento pelo Estado.

O Projeto, por 6 vezes, entrou em pauta, mas ainda não foi à plenária.

7. Adoção

A mais tormentosa questão que se coloca, e que mais divide as opiniões, é quando se questiona a possibilidade de os parceiros virem a adotar.

O Projeto de Lei da união civil nada previa, sendo que a vedação à adoção, tutela ou guarda foi introduzida pelo relator no substitutivo.

Não há qualquer impedimento no ECA de homossexuais se candidatarem à adoção. A capacidade para adotar nada tem a ver com a orientação sexual do adotante, bastando o candidato preencher os requisitos legais (arts. 39 e ss.). Expresso o art. 42: “Podem adotar os maiores de 21 anos, independentemente do estado civil”.

Também a adoção por ambos os parceiros não está proibida. O art. 28 do ECA, ao permitir a colocação em família substituta, não a define, como faz com a família natural. Diz o art. 25: “Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais, qualquer deles, e seus descendentes”.

O § 2º do art. 42 do ECA autoriza a adoção por ambos os cônjuges ou concubinos, e inclusive pelo casal que esteja separado ou divorciado (§ 4º do art. 42).

A única objeção que poderia ser suscitada seria em face dos

termos do art. 29: “Não se dará a colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”. No entanto, o princípio que deve prevalecer é o do art. 43: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivo legítimo”.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro habilitou um homossexual a adotar uma criança, reconhecendo haver ele atendido a todos os requisitos legais e recebido parecer psicológico favorável da equipe técnica.

O relacionamento, ainda que homossexual, que possua as características de uma união estável não é incompatível com a natureza da adoção. Basta que exista um lar respeitável e duradouro, cumprindo os parceiros os deveres dos conviventes, como a lealdade, a fidelidade, a assistência recíproca, numa verdadeira comunhão de vida e interesses.

Como não se pode excluir o direito individual de guarda, tutela e adoção garantido a todo cidadão, independentemente de sua orientação sexual, dita restrição pode gerar situações injustas, assim consideradas todas as que se afastam da realidade. Em havendo a possibilidade de a adoção ser feita por um só dos parceiros, eventual direito do adotado, quer a alimentos, quer sucessório, só poderá ser buscado com relação ao adotante. Esse fato, com certeza, acarreta injustificável prejuízo ao adotado por não gerar direitos com relação àquele que também tem como verdadeiramente seu pai ou sua mãe.

A par dessas vedações, nada impede que prossigam as lésbicas a se submeter à inseminação artificial; uma concede o óvulo, que é fecundado *in vitro* por sêmen de um doador, e o embrião é implantado no útero da outra. Os casais masculinos socorrem-se da chamada barriga de aluguel.

Ao depois, é de atentar-se na nossa realidade social, com um

enorme contingente de menores abandonados em situação irregular, que poderiam vir a ter uma vida com dignidade.

Na Califórnia, há pesquisadores que desde meados de 1970 vêm estudando famílias não-convencionais, *hippies* que vivem em comunidade, casamentos abertos e criados por mães lésbicas e pais gays. O trabalho concluiu que crianças com os dois pais do mesmo sexo são tão ajustadas quanto os filhos de casais heterossexuais. Nada há de incomum quanto ao desenvolvimento do seu papel sexual. As meninas são tão femininas quanto as outras, e os meninos, tão masculinos como os demais. Os pesquisadores não encontraram até o momento nenhuma tendência importante no sentido de que filhos de pais homossexuais venham a tornar-se homossexuais.

Portanto, a heterossexualidade dos pais não é garantia de quase nada.

8. Conclusão

Independente de a orientação sexual se basear em fatores biológicos ou fisiológicos, inquestionavelmente é uma característica pessoal e se insere em uma aura de privacidade cercada de garantias constitucionais.

A valorização da dignidade da pessoa humana, elemento fundamental do estado democrático de direito, não pode chancelar qualquer discriminação baseada em características pessoais individuais. Repelindo-se qualquer restrição à liberdade sexual, não se pode admitir desrespeito ou prejuízo a alguém em função de sua orientação sexual.

Como a homossexualidade é uma característica inata, integrando a própria estrutura biológica da pessoa, o seu não-reconhecimento e a falta de atribuição de direitos constituem cerceamento da liberdade e uma verdadeira forma de opressão.

Se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os

deveres de assistência mútua, em um verdadeiro convívio estável, caracterizado pelo amor e respeito mútuo e com o objetivo de construir um lar, tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei.

Descabe ser alegada a falta de previsão legislativa. Mister lembrar que, muito antes de serem reguladas as relações concubinárias, já eram concedidos direitos às companheiras nas relações heterossexuais. Trata-se da evolução dos costumes a se refletir no Direito, que passou a valorizar a afetividade humana, abrandando os preconceitos e as formalidades sociais e legais. As relações familiares impregnam-se de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade. Deixando de lado a hipocrisia, o fingimento, abandonam a falsidade institucionalizada, a legalidade estrita.

O estigma do preconceito não pode permitir que um fato social não se sujeite a efeitos jurídicos. Ao se reconhecer simplesmente uma sociedade de fato, estribando-se no art. 1.363 do CC, [\[6\]](#) que se refere às pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns, é deferida somente comunicação dos bens adquiridos durante o período de convívio.

Às relações homossexuais se está impondo a mesma trilha percorrida pela doutrina e pela jurisprudência nas relações entre um homem e uma mulher fora do casamento. Aliás, foi essa a causa que levou ao alargamento do conceito de família, por meio da constitucionalização da união estável.

Ainda que tenha a Constituição ares de modernidade, ao outorgar a proteção do Estado à família, independentemente da celebração do casamento, continuou a ignorar a existência de entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo.

Ao se pensar em um conceito de família, a primeira visão é da família patriarcal, nitidamente hierarquizada, com papéis bem

definidos, formada por meio do casamento e com uma formação extensiva. Hoje a família é nuclear, horizontalizada, apresentando formas intercambiáveis de papéis e sem o selo da oficialidade.

Assim, não se diferencia mais a família pelo matrimônio. Também a existência de prole não é essencial para que a convivência mereça reconhecimento e proteção constitucional, pois sua falta não enseja sua desconstituição, nem em face do Direito Canônico.

Como a prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, não se justifica ter o constituinte deixado de abrigar sob o conceito de família a convivência entre pessoas do mesmo sexo.

O próprio Código Civil não fala que o casamento é entre pessoas de sexos diversos, nem nos impedimentos há tal referência. Com esse fundamento, inclusive, um casal de lésbicas em Belo Horizonte ingressou com pedido de habilitação para o casamento em dezembro de 1998.

Tampouco a Declaração Universal dos Direitos do Homem faz qualquer restrição. Diz o art. XVI. 1: "Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio".

A questão das uniões estáveis homossexuais é um fato social que nenhum estado contemporâneo pode ignorar, pois não se trata de um fato isolado nem decorre da frouxidão dos costumes, como querem os moralistas. É a expressão de uma opção pessoal, que o Estado deve respeitar e não pode ignorar.

Desde o final dos anos 60, tem aumentado a visibilidade homossexual, uma vez que está diminuindo o sentimento de culpa que pesa sobre os indivíduos. Com o declínio da influência da Igreja, há a tendência de deixar de ver o prazer sexual como criminoso.

Assim, discriminatória a distinção que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal faz ao outorgar proteção a pessoas de sexos diferentes, contrariando princípio constitucional constante de regra pétrea.

A Constituição não é um conjunto de regras, mas um conjunto de princípios, aos quais se devem afeiçoar as próprias normas constitucionais. Por uma questão de coerência, mostrando-se uma norma constitucional contrária a um princípio constitucional, tal fato configura um conflito. Assim, a norma deve ser considerada inconstitucional, como já sustentava Otto Bachof, em 1951. [\[7\]](#)

Flagrado o confronto, possível é concluir ser inconstitucional também a restrição do art. 1º da Lei nº 9.278/96, [\[8\]](#) que regulamenta a união estável, podendo e devendo ser a Lei aplicada às relações homossexuais.

Segundo o conceito dos especialistas da ONU: casamento é qualquer grupo de pessoas que convivam sob o mesmo teto, sejam ou não do mesmo sexo, não se usando o matrimônio como origem do casamento.

Não se pode afrontar a liberdade fundamental a que faz jus todo ser humano e diz com a condição de sua vida sexual. A orientação sexual adotada na vida privada não admite restrições. Presentes os requisitos legais, vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas, os mesmos direitos deferidos às relações heterossexuais devem ser garantidos às uniões homossexuais que tenham as mesmas características.

A Constituição integra no laço social todos os cidadãos, vedando discriminação de qualquer ordem. O Direito de Família tenta regulamentar e organizar as relações que são da ordem da sexualidade.

Tendo o Judiciário como inconcebível a analogia com o casamento ou a união estável, a convivência de pessoas do mesmo sexo tem encontrado resistência para o reconhecimento de

direitos. Os juízes fechando as portas para essa realidade parece que têm o propósito de não vê-las e assim fazê-las desaparecer.

Mais do que uma sociedade de fato, trata-se de uma sociedade de afeto, o mesmo liame que enlaça os parceiros heterossexuais. Na lacuna da lei, ou seja, na falta de normatização, há que buscar subsídios no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina a aplicação da analogia, dos costumes e princípios gerais de direito. Mister estabelecer analogia com as demais relações que têm o afeto por causa, ou seja, o casamento e as uniões estáveis.

Não cabe confundir questões jurídicas com questões morais e religiosas.

Como bem referiu a Deputada Marta Suplicy na justificativa do seu Projeto: *Se todos têm direito à felicidade, não há por que negar ou desconhecer que muitas pessoas só serão felizes relacionando-se afetiva e sexualmente com pessoas do mesmo sexo. Valores e norma sociais são modificados, reconstruídos e alterados de acordo com as transformações da própria sociedade.*

Enquanto a lei não acompanha a evolução dos usos e costumes, as mudanças de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os aplicadores do Direito, podem, em nome de uma postura preconceituosa ou discriminatória, fechar os olhos a essa nova realidade e ser fontes de grandes injustiças.

Não há como ceder no conflito entre a vontade de ser justo e o medo de sê-lo.

E uma sociedade que se quer aberta, justa, livre, pluralista, solidária, fraterna e democrática, às portas do novo milênio, não deve conviver com tão cruel discriminação.

Publicado em 05/08/2004.

[1] Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família
– IBDFam

www.mariaberenice.com.br

[2] SULLIVAN, Andrew. *Praticamente normal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

[3] GRAÑA, Roberto B. *Além do desvio sexual*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

[4] As referências correspondem ao ano de 2000.

[5] A referência é ao Código Civil de 1916 e tem correspondência com o art. 523 do atual CC.

[6] A referência é ao Código Civil de 1916, que se encontra reproduzido no art. 981 do atual CC.

[7] BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

[8] Este dispositivo está reproduzido no art. 1.723 do atual CC.