

UNIÕES HOMOAFETIVAS, CASAMENTO E A JUSTIÇA: BREVE RELATO DE PESQUISA DE CAMPO NO ENTORNO DA UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO

HOMOAFFECTIVE UNIONS, MARRIAGE AND JUSTICE: A BRIEF REPORT ON A FIELD RESEARCH NEAR THE FEDERAL UNIVERSITY RURAL OF RIO DE JANEIRO

Luciane da Costa Moás

Carolina Maria Marques

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade a análise do tema conjugalidade homoafetiva. Tomando como base a decisão do STF que reconheceu as uniões estáveis homoafetivas amplia-se o debate para interrogar a possibilidade de acesso também ao casamento civil. Pretendemos demonstrar que o pluralismo familiar e a diversificação dos lares em princípio representam uma democratização. Utilizamos metodologia pouco comum na área do Direito a realização de entrevista estruturada por meio de roteiro com os principais itens explorados sobre o assunto. Os depoimentos de alguns informantes registrados ao longo do texto sinalizam, de um lado, avanços coerentes com as alterações legislativas introduzidas no sistema jurídico brasileiro em razão do uso argumentativo de importantes princípios constitucionais das famílias, notadamente os da afetividade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Porém, de outro lado, a análise de depoimentos e decisões judiciais contrárias ao casamento civil homofetivo, sugerem a inexistência de neutralidade, além da dificuldade de rompimento com preceitos morais que ao fim inviabilizam a aquisição de importantes direitos. Esta situação representa afronta ao catálogo de direitos humanos inseridos na Constituição Federal de 1988 que revela implicações evidentes entre a livre expressão da sexualidade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: uniões homoafetivas, família, igualdade e afetividade.

ABSTRACT

This article aims to analyze the theme conjugality homoaffective. Based on the Supreme Court decision that recognized homoaffective unions, stable widens the debate to question the possibility of also access to civil marriage. We intend to demonstrate that pluralism and diversification of family homes in principle represent a democratization. We used unusual methodology in the field of law - conducting structured interviews via script with the main items on the subject explored. The testimonies of some informants reported throughout the text indicate on the one hand advances consistent with the legislative amendments introduced

in the Brazilian legal system due to the use of argumentative important constitutional principles of households, especially those of affection, equality and dignity of human person. But on the other hand, the analysis of depositions and court decisions contrary to civil marriage homoffective suggest the lack of neutrality, besides the difficulty of breaking moral precepts that make it impossible to finish the acquisition of important rights. This represents an affront to the catalog of human rights entered in the Federal Constitution of 1988 which reveals clear implications enters the free expression of sexuality and the principle of human dignity.

KEYWORDS: homoffective unions, family, equality and affection.

I 6 INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta-se como parte de uma investigação mais ampla voltada para o conjunto de reflexões sobre o tema uniões homoafetivas¹. Pretendemos expor dados parciais especificamente quanto o debate acerca da possibilidade de acesso ao casamento civil homoafetivo, conjugando revisão bibliográfica com o trabalho de campo realizado até o momento, cuja metodologia será descrita mais adiante.

A pesquisa visa cobrir três aspectos de fundamental importância: a conjugalidade homoafetiva, o plano da filiação unissexual e a questão pertinente à discriminação-homofobia. No que diz respeito ao primeiro aspecto a ideia era perceber, quanto à aquisição de direitos, os impactos da distinção quando uma decisão judicial reconhecia a convivência entre casais homoafetivos como simples sociedade de fato e os efeitos quando a convivência era reconhecida como união estável, ou seja, como entidade familiar, sendo possível pleitear todos os direitos pertinentes ao Direito de Família: alimentos; partilha de bens segundo o regime de comunhão parcial, na falta de um contrato de convivência que estabelecesse de outra forma a partilha dos bens adquiridos durante a convivência; uso do sobrenome; licença para acompanhar o(a) companheiro(a) em viagem de trabalho; licença luto; possibilidade de acompanhar o(a) companheiro(a) durante internação hospitalar, etc.

¹ A pesquisa "Homossexualidade e Direito: reflexões a partir de demandas judiciais" integra a linha de pesquisa: Direitos humanos: a pessoa, o Estado e o ambiente do departamento de ciências jurídicas da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, campus Seropédica. Conta com o apoio financeiro da FAPERJ - Programa APQ1 2010/2 Processo E-26/ 110.636/2011.

Essa questão específica ficou superada com decisão do STF (maio/2011) que, ao adotar a técnica de interpretação do artigo 1723 do Código Civil² conforme a Constituição Federal de 1988, equiparou a convivência homoafetiva à união estável heteroafetiva desde que presentes todos os requisitos caracterizadores: a convivência duradoura, pública, contínua e com o objetivo de constituir família.

Garantias específicas passaram a ser atribuídas aos casais de mesmo sexo, não encontradas no mero reconhecimento de sociedade de fato. A decisão do STF determina a ausência de distinção entre entidades familiares ao explicitar que a orientação sexual heterossexual não é elemento essencial à configuração de qualquer espécie de família. A união homoafetiva tutelada é aquela que se assemelha em tudo à união heteroafetiva.

Apesar de a decisão ter eficácia *erga omnes*, temos acompanhado dissenso na doutrina que ainda vem discutindo os seus consectários, além de estar sendo amplamente noticiado pelas mídias em geral, o surgimento de decisões judiciais em sentidos opostos notadamente no que diz respeito à questão específica do casamento civil. Trata-se, na verdade, da necessidade de garantir aos casais homoafetivos o direito à vida familiar, do reconhecimento do afeto como um valor jurídico, com proteção do Estado. Ao contrário do plano do indivíduo homossexual, em que a proibição de discriminação em quase todas as legislações do mundo ocidental permitiu avanços, verificamos ainda defasagem em relação ao plano da conjugalidade homoafetiva pelo fato de não restar pacificada a possibilidade de constituir família através do casamento civil.

A pesquisa está dividida duas partes: uma dogmática, correspondente à revisão bibliográfica e uma parte empírica. Buscamos realizar trabalho mais rico em razão da utilização de outra fonte além da abordagem meramente teórica. Nesse sentido, esta última consiste no mapeamento de decisões judiciais bem como entrevistas estruturadas por meio de roteiro com informantes, profissionais do Direito que atuam perante o Poder Judiciário - magistrados, promotores de justiça, defensores públicos e auxiliares do juízo, como psicólogos e assistentes sociais ó que em suas práticas cotidianas lidam com processos implicados com o tema: proferiram sentenças, emitiram pareceres, ouviram testemunhas, despacharam autorizando a produção de provas, etc.

2 O artigo 1723 apresenta a seguinte redação: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

Várias visitas foram feitas às comarcas do entorno da UFRRJ ó campus Seropédica. O objetivo é perceber como o tema da homossexualidade vem sendo incorporado pelo judiciário local e, após a decisão do STF, se esta já estava produzindo efeitos nas localidades mais distantes dos grandes centros urbanos. O interesse não está na realização de simples pesquisa de opinião, mas ouvir pessoas que tiveram, em algum momento, de refletir sobre tais questões, para que ao final fosse possível perceber se, apesar da conquista de alguns direitos civis e sociais houve efetivamente avanços. Não pretendemos análise quantitativa, mas qualitativa.

No que diz respeito especificamente à realização de entrevistas, percebemos espécie de contra senso: em geral a receptividade a nossa abordagem tem sido positiva, porém o número de entrevistas realizadas até o momento é reduzido. É importante ressaltar que não contamos com informantes previamente selecionados, pelo fato de entendermos que um contato prévio pode prejudicar o relato espontâneo, mais fidedigno com o posicionamento do profissional entrevistado. Assim, nem sempre foi fácil o acesso, em especial, aos magistrados que têm chefes de gabinete, funcionando como verdadeiros assessores e, de certa forma realizam uma espécie de *õfiltragemõ* do que pode ou não chegar ao juiz. Não foi incomum encontrar o titular de férias, licenciado por motivo de saúde, etc. Até o presente momento foram visitadas as Comarcas de Seropédica, Itaguaí, Paracambi, Nova Iguaçu, Campo Grande e Duque de Caxias.

É importante destacar que lançamos mão de metodologia pouco comum na área do Direito - realização e gravação de entrevistas estruturadas por roteiro³ com os principais itens explorados sobre o assunto. Evidencia-se o recurso a esta técnica como contribuição para a interlocução do mundo jurídico em geral e para o debate acadêmico na área do Direito na fronteira com outras áreas em razão da interdisciplinaridade do tema.

Ao tentar unir a parte dogmática ao trabalho de campo, buscamos uma nova experiência de pesquisa no universo do Direito, fortalecendo o vínculo entre este e a realidade social; entre teoria jurídica e *práxis* social, situando o Direito no horizonte das mudanças

³ O roteiro contém doze perguntas. As principais sobre a conjugalidade homoafetiva são: qual o conceito jurídico de família com o qual o(a) senhor(a) ou o direito brasileiro trabalha?; o (a) senhor(a) teve conhecimento da recente decisão do STF a respeito das uniões homoafetivas? Sabe dizer do que se trata? Em caso afirmativo, o que pensa da decisão?; o(a) senhor(a) tem conhecimento das consequências jurídicas da decisão?; o que o (a) senhor(a) acha do casamento entre pessoas de mesmo sexo?; o(a) senhor(a) acha que deveria existir lei regulamentando esta questão? Por que?

sociais ligadas aos ideais emancipatórios. A pesquisa em Direito é tradicionalmente marcada pela ausência de reflexões epistemológicas e metodológicas mais consistentes, limitando os horizontes de mudança e transformação social que podem tornar mais evidente a ligação do Direito com a realidade em que se insere (RIBAS, 2012).

É igualmente relevante ressaltar que esse tipo de pesquisa ainda é visto com muita desconfiança pelos magistrados em geral. Nesse sentido, é revelador o contato com um deles que, quando indagado sobre a possibilidade de conceder a entrevista, pediu para ter acesso ao roteiro antes para que fosse possível estudar/preparar-se. Recusou-se a contribuir com a pesquisa, mesmo após ter sido informado que nada sobre a formação do convencimento ou atuação em algum processo específico seria indagado; que há um termo de consentimento livre e esclarecido aprovado pela comissão de ética da Universidade com todos os dados da pesquisa e que garante o anonimato do informante.

A revisão bibliográfica abrangeu levantamento de documentos oficiais bem como análises de leis e projetos de lei nos âmbitos federal e estadual pertinentes ao tema. Além de livros específicos, os artigos publicados no site do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) constituíram fontes importantes de estudo. Esta análise tem revelado uma visão crítica do campo científico, particularmente no que tange ao Direito na interface com outras áreas do saber, notadamente das Ciências Sociais, possibilitando a compreensão dos diferentes discursos, os principais argumentos e as reivindicações dos atores sociais relacionados ao tema.

Apesar de o assunto não ser mais considerado tão novo quanto o era em passado recente, continua dividindo opiniões em setores diversos da sociedade civil, no meio acadêmico em geral e até mesmo junto aos Tribunais do país, mesmo após a decisão do STF que tem força vinculante, conforme já destacado. O pluralismo familiar e a diversificação dos lares em princípio representam uma democratização. Os depoimentos de alguns informantes registrados ao longo do texto sinalizam, de um lado, avanços coerentes com as alterações legislativas introduzidas no sistema jurídico brasileiro em razão do uso argumentativo de importantes princípios constitucionais das famílias, notadamente os da afetividade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Porém, de outro lado, a análise de depoimentos e decisões judiciais contrárias ao casamento civil homofetivo, sugerem a inexistência de neutralidade, além da dificuldade de rompimento com preceitos morais que ao fim inviabilizam a aquisição de determinados direitos no plano da conjugalidade homoafetiva.

II 6 A DECISÃO DO STF E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: A REINVENÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA BASEADO NA AFETIVIDADE

A noção de convivência familiar experimenta um momento de apogeu. Se, no passado, a família enquanto instituição milenar foi acusada de estar em crise, atualmente, baseada no afeto mútuo, parece ter se tornado uma grande aspiração dos indivíduos no mundo ocidental. A família é atualmente reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições (ROUDINESCO, 2002: 198). O envolvimento afetivo aumenta a vontade de construir família, planejar e realizar projetos, sonhos de uma vida em comum.

As famílias contemporâneas tendem a apresentar-se menos organizadas, pois a hierarquia cedeu lugar à democratização que no contexto familiar implica igualdade, respeito mútuo, autonomia, tomada de decisão através da comunicação, resguardo da violência e integração social (Giddens, 2000). Tais transformações foram, em parte, acompanhadas pela legislação e pela jurisprudência que desempenharam verdadeiro papel promocional na construção dos novos modelos familiares.

A Constituição Federal de 1988 marcou o reencontro da sociedade brasileira com o Direito e a democracia, e vem se tornando o símbolo de uma era de justiça, solidariedade e pluralismo em nosso país (BARBOZA, 2009: 107). É inestimável a contribuição do texto constitucional quando, de forma expressa, reconhece ao lado do casamento outras formas de constituir família. Porém, mais importante ainda é a sua base principiológica, em especial, a opção pela dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado democrático de direito, a indicar que a proteção não está mais dirigida ao núcleo familiar como um todo, mas a cada indivíduo integrante da família. Além disso, estabeleceu como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação (art. 3º, I e IV da CF/88).

O catálogo de direitos humanos inseridos em nossa Constituição revela implicações evidentes entre a livre expressão da sexualidade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Isso para não falarmos do direito à intimidade e à vida privada, da liberdade de expressão, do direito de associação, da liberdade de opinião, de manifestação e de seus corolários liberdade de informação e de imprensa; tudo sob o manto cardeal do princípio da igualdade (MOÁS, 2006).

A busca pela condição de igualdade talvez seja a maior luta dos casais homoafetivos. Condição esta que, apesar de vir proclamada nas Declarações de Direitos Humanos no mundo ocidental e também consagrada na Constituição Federal de 1988, nem sempre é respeitada. Já no preâmbulo temos a condição de igualdade, ao lado da liberdade, da segurança, do bem-estar e da justiça protegidos como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)"'. Breve análise na perspectiva histórico-evolutiva dos direitos sexuais aponta a relação entre sexualidade e Direitos Humanos e a importância do reconhecimento do direito ao livre exercício da sexualidade.

A reivindicação pelo reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas tem significado a luta pelo direito à cidadania, na perspectiva dos Direitos Humanos (SOUZA, 2011). O princípio da igualdade é fundamental para a compreensão da proibição de discriminação em razão da orientação sexual. De acordo com José Afonso da Silva (2010):

Através da universalização das normas jurídicas se objetiva a superação das desigualdades entre as pessoas, em razão da aplicação da mesma lei a todos. Fica, portanto, muito evidente a importância da igualdade, da não discriminação de direitos fundamentais a grupos menos favorecidos que são alvos de preconceito como os homossexuais.

A CF/88 reforça o princípio com muitas outras normas sobre a igualdade ou buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais. Assim é que, já no mesmo art. 5º, I, declara que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Através da universalização das normas jurídicas, objetiva a superação das desigualdades entre as pessoas, em razão da aplicação da mesma lei a todos.

Outra questão relevante que vem somando positivamente com a demanda de reconhecimento jurídico de status familiar incluindo a possibilidade de acesso ao casamento civil é a construção doutrinária do conceito jurídico de afetividade. O texto Maior o considera elemento nuclear de todas as entidades familiares. O afeto é a partir de então um valor jurídico através do qual são criadas entidades familiares e relacionamentos baseados no respeito e trocas recíprocas visando à felicidade e realização pessoal de todos os integrantes (JENCZAK, 2008). Portanto, no plano da conjugalidade, após a prova da existência de relacionamento duradouro, público, contínuo, com o objetivo de constituir família, os companheiros homoafetivos que desejam os efeitos oriundos do reconhecimento de *status* familiar, não podem ser privados dos direitos deferidos aos casais heteroafetivos que

convivem nas mesmas condições. Paulo Luiz Netto Lôbo (2009) reconhece a afetividade como princípio ao dispor que:

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.

É importante ressaltar que o afeto está intimamente ligado aos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, por permitir o pleno desenvolvimento da pessoa. O princípio da solidariedade também tem assento constitucional entre os objetivos fundamentais da República e se refere ao compromisso pelo qual as pessoas se obrigam umas pelas outras, em comunhão de atitudes e de sentimentos. A noção de dignidade da pessoa humana corresponde à consciência que o ser humano tem de seu próprio valor, um respeito que pode exigir de todos pela sua condição de ser humano. Orienta toda a ordem jurídica e é fundamental para a ordem social.

Reconhece-se na dignidade o privilégio de todo ser humano em ser respeitado como pessoa e de não ser prejudicado. Dela resulta a garantia de independência e autonomia de vontade bem como a não imposição de condições subumanas de vida. "Todo ser humano, como um fim em si mesmo, possui um valor não relativo, mas intrínseco, ou seja, a dignidade" (GARCIA, 2004, p. 196). Reputa-se que o princípio da dignidade não é um conceito constitucional, mas um dado apriorístico, preexistente a toda experiência, verdadeiro fundamento República brasileira, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais (DIAS, 2011).

Há de conhecer-se a dignidade existente na união homoafetiva. O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras pare ser um aspecto primordial da experiência humana (MATOS, 2011: 129).

Assim, percebe-se que o terreno já estava sedimentado quando o STF proferiu a histórica decisão, abrindo a possibilidade de nova reconfiguração da família a partir da indicação da ausência de distinção entre as entidades familiares quando o casal é hetero ou homossexual, pois ambas, hoje, têm por fundamento o afeto, o exercício da sexualidade ó entenda-se orientação sexual - de forma livre e autônoma e o intuito de constituir família através de vínculo duradouro. Reconheceu que a liberdade para dispor da própria sexualidade está inserida no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, direta emanção da dignidade da pessoa humana. Trata-se de verdadeiro passo adiante sobre o tema em nosso país. Conforme ressaltou o Ministro Marco Aurélio Mello (STF, 2011):

Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal.

Não obstante ainda existir entendimento contrário à natureza familiar da convivência entre pessoas de mesmo sexo, com o argumento voltado para a interpretação literal⁴ da Constituição Federal (art. 226, parág. 3), é inquestionável que a decisão do STF favorece o entendimento pela possibilidade de acesso também ao casamento civil, pois o conceito de família agora se funda em valores existenciais e psíquicos, próprios do convívio próximo. Toda e qualquer família dotada de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, foi posta sob tutela constitucional.

Vale destacar outra parte da decisão do STF, nas palavras da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (STF, 2011) em seu voto:

A escolha da vida em comum com quem quer que seja é uma eleição que concerne à própria condição humana, pois a afeição nutrida por alguém é o que pode haver de mais humano e de mais íntimo de cada um. Aqueles que fazem opção pela união homoafetiva não podem ser desiguados em sua cidadania. Ninguém pode ser tido como cidadão de segunda classe porque,

⁴ Acerca da ampliação da noção de entidade familiar, para além das hipóteses expressamente previstas na Constituição, o STJ já se manifestou a respeito decidindo favoravelmente: cf. acórdão do STJ, 4 T., REsp. 159851 - SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. Em 13.03.98, publ. No DJ de 22.06.98, v.u. em cuja ementa se diz: ã...os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e, por isso, o apartamento onde moram goza da proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei n. 8009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles (Moraes, 2010: 222)

como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo ou válido ou legítimo.

Abandonando-se os dogmas religiosos bem como os preceitos morais a eles relacionados, eliminando-se a hierarquia que existia entre as diferentes formas de constituir família, pois o afeto, a solidariedade, a cooperação, o objetivo de constituir família, estão presentes em todas as entidades familiares, sejam hetero ou homoafetivas, constata-se a introdução de uma nova forma de pensar e discutir a família, ou o que se reconhece como família. Nos votos dos ministros, em geral, há inúmeros argumentos para a valorização do afeto. Nesse sentido a fala de uma juíza entrevistada:

õno meu entender a família pode se constituir de dois homens ou duas mulheres, não importa, diante dessa decisão recente do Supremo Tribunal Federal que veio reconhecer essa união homoafetiva entre duas pessoas do mesmo sexo, onde ocorreu não somente reconhecimento convalidando a situação de família, como também a decorrência da partilha do patrimônio que existia entre elesõ.

No mesmo sentido o entendimento de outra juíza ao vincular a noção de família à convivência e a afetividade:

õconstitui família quem convive com o intuito de ser família, é família, independente de ser avô com neto, de ser família monoparental ou homossexual, quem convive defineõ.

De acordo com nossa Carta Magna de 1988, o Estado possui o fim de promover o bem comum de todos, criando uma sociedade justa livre e solidária, sem distinção de qualquer natureza (artigo 3º, caput e incisos I e IV da CF/88) e proclamando, dentre outros direitos, o direito à liberdade, igualdade, não discriminação e, sobretudo o direito à dignidade humana como direito fundamental, nos leva a crer e defender que o direito à liberdade de escolha, principalmente, no que se refere à sexualidade, permitindo a união entre duas pessoas do mesmo sexo, e o desrespeito à essa união feriria um dos princípios basilares da Constituição que é o da dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, José Luiz Ribeiro de Medeiros (2008, p. 26), afirma:

[...] se faz necessário (re) pensar conceitos que parecem tão óbvios e que são utilizados corriqueiramente, em uma repetição da obviedade das obviedades, que por serem tão óbvias costumam não ser esclarecidas, a exemplo das idéias de igualdade, liberdade, reconhecimento e autonomia.

Não obstante as garantias encontradas na CF/88, através dos importantes princípios acima ressaltados, boa parte dos homossexuais foram e continuam sendo vítima de preconceitos, pois a própria sociedade impõe um tratamento diferente. Nesse sentido as lições de Maria Berenice Dias (2009: 121):

Há valores culturais dominantes em cada época, a gerar um sistema de exclusões, decorrente, muitas vezes, de preconceitos estigmatizantes. Tudo que se encontra fora dos estereótipos acaba por ser rotulado como "anormal", que não se encaixa nos padrões, uma visão engessadora e excessivamente limitadora.

III 6 DO CASAMENTO HOMOAfetivo: UMA (IM)POSSIBILIDADE?

Historicamente o casamento sempre foi a mais importante das instituições na sociedade ocidental pelo fato de constituir e ser a base para a formação do núcleo familiar. Por isso, o esforço do legislador criando diversas leis visando sua proteção, definindo as regras de celebração, os direitos e deveres dos cônjuges, e principalmente a preocupação com o patrimônio, haja vista a regulamentação quase exaustiva dos efeitos patrimoniais, da imposição do regime de separação de bens para quem casa com mais de 60 anos de idade, entre outras de mesma natureza restritiva da autonomia e liberdade individuais.

Com o passar do tempo e em razão de várias transformações na sociedade no que tange aos costumes e valores, as uniões extramatrimoniais foram paulatinamente sendo aceitas acarretando o surgimento de novos modelos familiares, conforme acima destacado. Em termos normativos, a Constituição de 1988 fecha ciclo evolutivo que havia iniciado anteriormente através do reconhecimento judicial de sociedade de fato quando um homem e uma mulher conviviam sem o vínculo formal do casamento, outrora forma marginalizada, e introduz o conceito genérico de entidade familiar. Assim passou-se a proteger outros relacionamentos além dos tradicionais constituídos pelo casamento. Garantiu proteção às entidades familiares, abrangendo a união estável e, em nenhum momento referiu qualquer tratamento especial a alguma em particular. Ressalta Maria Berenice Dias (2009, p. 138):

Uma nova realidade se impôs, acabando por produzir profunda revolução na própria estrutura social. Tornou-se tão saliente o novo perfil da sociedade, que a Constituição de 1988 alargou o conceito de família para além do casamento. Passou a considerar como entidade familiar relacionamentos outros. Foi assegurada especial proteção tanto aos vínculos monoparentais ó formados com um dos pais por seus filhos ó como a união estável ó relação de um homem e uma mulher não sacralizada pelo matrimônio (CF, artigo 226s, §3º). Com

isso deixou de ser o casamento o único marco a identificar a existência de uma família.

Diferencia-se a união estável do casamento, no que se refere ao modo de constituição, pois o casamento tem seu marco inicial com a celebração, enquanto a união estável nasce da convivência prolongada no tempo. Não obstante a semelhança quanto ao grau de responsabilidade e deveres, quanto ao respeito mútuo, fidelidade e companheirismo, a união estável é deduzida a partir de uma pesquisa comportamental conduzida pelo juiz, fato que por si só demonstra fragilidade em relação ao casamento civil.

A união estável apresenta uma característica fática material que se impõe, mesmo fora do Direito, e só adentra no mundo jurídico mediante uma solicitação. Isto é, não é o fato em si mesmo que produz o efeito, mas o pedido das partes envolvidas direcionado ao Judiciário que desencadeia a o juridicidade da união estável. Antes disso, ela só existe no mundo dos fatos. É sabido que nem todas as situações fáticas têm potencialidade para produzir efeitos jurídicos. Há fatos que são reconhecidos pelo Direito, outros não. (LEITE, 2011: 278).

Daí a importância não só do reconhecimento de união estável, mas também da possibilidade de acesso ao casamento civil. Nesse contexto é preciso retomar o direito de constituir família, sendo inclusive livre decisão do casal o planejamento familiar. Vale lembrar a opção constitucional de priorizar o direito geral à liberdade⁵, revelando-se no Direito Civil como faculdade conferida à pessoa de realizar escolhas, sem impedimentos legais, observados princípios fundamentais. A liberdade em seu sentido moderno é compreendida como o não impedimento à ação individual.

Apesar de existirem as barreiras sociais do preconceito e da discriminação⁶, a maioria de nossos informantes posicionou-se favoravelmente ao casamento homoafetivo. Significativa a fala a seguir:

5 O direito geral à liberdade é o direito de ser livre, desde o nascimento até a morte, o direito de não estar subjugado a outrem, o direito de ir e vir, salvo a restrição em virtude do cometimento de crime. Na história da humanidade, é direito relativamente recente, pois o vínculo à escravidão, à servidão, à estamentos, a corporações de ofício, a posições sociais em virtude do nascimento e equivalentes marcou a trajetória de todos os povos. A privação ou restrição indevida da liberdade dá ensejo à reparação compensatória por danos morais (Lôbo, 2009: 147).

⁶ Segundo Roger Raupp Rios (2008: 15) preconceito e discriminação são termos correlatos, que, apesar de designarem fenômenos diversos, são por vezes utilizados de modo intercambiado. Por preconceito, designam-se as percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções. Já o termo discriminação designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos e dos grupos. O primeiro

o casamento protege mais do que a união estável e a Constituição Federal diz para facilitar a conversão em casamento. Se podem viver em união estável porque não poderiam se casar? Sou totalmente favorável ao casamento entre dois homens e duas mulheres, se há vínculo e se o casal se gosta nada mais justo do que poder casar.

No entanto, para que seja possível o casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, ainda é preciso decisão judicial, pois é antecedente necessário que haja o reconhecimento judicial da união homoafetiva. A partir daí é, em tese, possível pedir a conversão em casamento civil. Este é o entendimento doutrinário, conforme a Constituição Federal que no artigo 226 parágrafo 3º estabelece que deve a lei facilitar a conversão da união estável em casamento. No entanto, quando o plano teórico cede espaço ao da casuística, e analisamos o desfecho dos pedidos de conversão de união estável em casamento de casais homoafetivos, percebemos que há diferença entre teoria e prática.

Desde que o STF proferiu decisão sobre este tema temos percebido tendência de maior flexibilidade por alguns tribunais estaduais, a demonstrar possível ampliação de direitos, prova disso é o fato de já ter havido mais de cem casamentos entre homoafetivos segundo a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT). (Jornal OGLBO de 22.05.2012)⁷. No entanto, ainda não há decisão definitiva da justiça brasileira. Há decisões judiciais que não necessariamente são representativas da jurisprudência sobre o assunto em nosso país.

Porém, atualmente, no Rio de Janeiro a realidade é diversa. Há um único juiz com competência para autorizar os pedidos de conversão de união estável em casamento homoafetivo e a declarada posição dele é contrária, alegando desconformidade com a Constituição Federal e ausência de lei específica sobre a matéria. Todas as habilitações para casamento, após a análise dos requisitos legais contidos no Código Civil e na Lei de Registros Públicos, sejam os casais hetero ou homoafetivos, são ou não autorizados pelo juiz em atividade na 1ª Vara de Registro Público do Rio de Janeiro, de acordo com a Lei de Organização Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

termo é utilizado largamente nos estudos acadêmicos, principalmente na psicologia e muitas vezes nas ciências sociais; o segundo, mais difundido no vocabulário jurídico.

⁷ O primeiro casamento homoafetivo ocorreu em Jacareí, no interior de São Paulo em junho de 2011, no 1º Cartório de Registro Civil de Jacareí. Este cartório notabilizou-se pelo fato de ter emitido a primeira certidão de casamento civil homoafetivo no país. A conversão para casamento civil foi autorizada pelo juiz da 2ª Vara da Família de Jacareí, Fernando Henrique Pinto, baseada no artigo 226 da Constituição Federal, que autoriza a conversão de união estável em casamento. Para tanto foi preciso parecer favorável do Ministério Público. (fonte jornal Estadão. Primeiro casamento civil gay do Brasil acontece hoje em Jacareí - SP)

Conforme amplamente divulgado em todas as mídias, a situação é parecida em vários outros Estados do país. Não tem sido incomum a interposição de recursos para as instâncias Superiores (STJ e STF). Destacamos a explicação deste juiz publicada no Jornal O GLOBO do dia 25 de maio:

Sei que existem outros juízes que acompanham a minha posição, como há aqueles que aceitam o casamento. Uma saída que as pessoas devem estar encontrando é procurar outro juízo onde isso tem sido admitido. Imagino que isso esteja acontecendo. Gostaria de pensar diferentemente, mas é minha posição jurídica e legal sobre a matéria. Obstante toda a tristeza que isso possa causar, ***não tenho como violar minha consciência e minha independência no julgar.***

Grifamos a parte final com a expressão *minha consciência* pelo fato de sugerir serem os valores de uma ordem moral particular, uma razão intuitiva, motivações subjetivas, a base da decisão proibitiva. Provavelmente para este juiz, a ausência de legislação específica que regule o casamento civil homoafetivo é uma barreira intransponível. Neste caso, a suposta liberdade de convencimento se aproxima de arbitrariedade, algo comum em questões conflituosas como as que referem à sexualidade.

Trazemos também a fala de uma juíza entrevistada que, apesar de dizer-se favorável ao casamento homoafetivo, aponta a dificuldade de a sociedade aceitar diferenças:

O juiz não pode ter preconceito, o juiz não pode pensar com os olhos de uma criação do passado, ele tem que ter os olhos voltados para o futuro e para as coisas que estão acontecendo na atualidade. Você, quando vem de uma família que as pessoas são do mesmo sexo você encontrará dificuldade na sociedade, você vai ter que explicar para os seus coleguinhas que você tem duas mães e que eles são os seus pais, suas mães. É difícil para uma criança explicar isso no cotidiano. Então, eu acho que é um trabalho de educação que tem que começar desde pequenininho, lá dentro da escola mostrando as diferenças, ensinando porque uma pessoa nasce com duas pernas outra nasce com uma, as crianças também precisam compreender isso.

A colocação de outra juíza também favorável ao casamento é reveladora da dificuldade de lidar com temas desta natureza:

Eu tenho uma opinião pessoal e outra profissional, e tento sempre separá-las. Eu tive uma criação cristã e mais conservadora, porém como juíza eu não tenho o mesmo posicionamento.

O caminho para quem tem seu pedido de casamento negado pela Vara de Registro Público é a apelação para os tribunais de segunda instância. Caso haja outra recusa, deve-se ir ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, depois, ao STF. Em outubro, o STJ reconheceu o casamento civil de duas gaúchas que haviam tido seus pedidos negados em primeira e segunda instância. Foi a primeira vez que um Tribunal Superior do país aceitou a ação.

Há um processo que ganhou notoriedade pelo fato de ter como uma das partes envolvidas, o famoso estilista Carlos Tufvesson. O mesmo está no STF, à espera de decisão, pois desde o ano passado tenta converter em casamento, a união estável que mantém com o arquiteto André Piva, com quem vive há 17 anos. Tufvesson teve seu casamento negado pela primeira Vara de Registros Públicos. Houve a interposição de recurso para levar o processo à segunda instância, mas o desembargador José Carlos Varanda, relator do processo, publicou um despacho, antes mesmo de julgar o recurso, afirmando-se impedido de atuar no caso por não poder *õviolentar minha consciência de católico romano e ex-aluno jesuítaõ*. O casal interpôs o recurso de Apelação com o objetivo de levá-lo ao Supremo Tribunal federal. Até a presente data aguarda o julgamento.

A posição do desembargador acima destacada contribui para pensarmos a diferença entre poder judiciário, justiça e lei. As decisões judiciais fundamentadas em juízo de valor pessoal dificilmente expressam o justo ou possuem legitimidade jurídica, tampouco aproximam o direito da ética ou realizam um projeto de justiça. Ao revés, vinculam o direito à moral e assim desconsideram o exercício da liberdade, o respeito à igualdade e autodeterminação individual.

A decisão judicial e a jurisprudência só terão validade e legitimidade se respeitarem normas previamente acordadas; normas essas que devem ser coerentes com os postulados constitucionais. A consequência é que a liberdade de convencimento dos magistrados não é arbitrária, eis que toda decisão tem de ser fundamentada em uma regra jurídica válida, ou seja, na razão pública (BUGLIONE e VENTURA, 2010: 06).

A Defensoria Pública ajuizou ação civil pública para permitir casamentos entre casais homoafetivos. O pedido é para que cartórios de Guará, no interior paulista, aceitem conversão de união estável homoafetiva em casamento. A iniciativa surgiu após dois homens terem a habilitação para o casamento negada em um dos cartórios da cidade e procurarem a Defensoria. Na ocasião, o promotor de Justiça e o juiz Corregedor responsáveis se posicionaram contra a pretensão do casal, por entenderem que *"o Código Civil brasileiro exige a diversidade de sexos para o casamento"*. Porém, para os defensores públicos daquela

região, a posição adotada pelo Ministério Público e pela Corregedoria de Cartórios irá impedir todos os pedidos semelhantes, inviabilizando a pretensão. O Jornal Estadão publicou o argumento utilizado pelos defensores na reportagem intitulada: Defensoria ajuíza ação para permitir casamentos do mesmo sexo:

"A fim de alcançar o amparo judicial para todos os demais casos correlatos, queremos buscar o reconhecimento da possibilidade do pedido de habilitação para casamento entre pessoas do mesmo sexo. O casamento nada mais é do que um dos meios de formação da família. Reconhecer, como fez o STF, que duas pessoas do mesmo sexo podem formar uma família pela união estável e impedir a formalização dessa união pelo casamento significa descumprir o que já foi decidido pela Suprema Corte deste país".

Os interessados devem recorrer ao Poder Judiciário, manifestando sua vontade, pois é assim que o Direito é construído. As mudanças e aspirações sociais modificam as leis e as adaptam às novas demandas. Por mais difícil que seja a luta pelo reconhecimento do Direito deve-se insistir.

O impacto da omissão legislativa⁸ nas decisões cotidianamente proferidas pelos Tribunais precisa ser considerado. O ordenamento jurídico brasileiro segue a tradição romanística conferindo primazia à lei na comparação com outras formas de manifestação do Direito Positivo (NADER, 2009). A inexistência de lei contribui para o surgimento de decisões dissonantes, acarretando insegurança sobre questão tão fundamental como o direito de constituir família através do casamento civil. Ao destacarmos a necessidade de surgimento de lei em sentido formal não estamos propondo uma regulamentação exaustiva da convivência homoafetiva (homonormatividade), pois a naturalização de um modelo de vida ou visão de mundo heterossexual (heteronormatividade) seja a maior responsável pelo repúdio à crescente visibilidade social do desejo de conjugalidade homoafetiva e seus desdobramentos.

Além disso, há uma tendência notadamente em relação aos magistrados mais conservadores, ou melhor, legalistas ó aqueles que trabalham com a literalidade dos dispositivos legais - de apenas decidirem com base no que a lei estabelece, e, não havendo lei, é mais fácil assumir postura passiva diante dos fatos sociais.

⁸ Importante lembrar que hoje, tramita no Congresso Nacional uma proposta de emenda constitucional (PEC) de casamento civil igualitário para qualquer pessoa no Brasil. De autoria do deputado federal Jean Wyllys (PSOL-RJ), o projeto necessita de 171 assinaturas para ir à votação. Até o momento conta com 113.

Sobre a ausência de lei importante destacar a seguinte colocação de uma das juízas entrevistadas favorável ao surgimento de uma lei capaz não apenas de acabar com entendimentos divergentes, mas também para impedir posicionamentos preconceituosos:

“Sou juíza há 18 anos, e já peguei casos de casais homoafetivos que eram tratados como se fosse uma sociedade, dividia-se o patrimônio e pronto, esquecia-se o lado afetivo e todas as outras questões envolvidas. Os juízes não se eximem de julgar alegando lacuna na lei, não importa em que situação, ***porém com uma lei especificando o assunto parte das divergências seriam eliminadas***.”

IV 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quase todas as legislações proíbem a discriminação contra os homossexuais em razão da orientação sexual, como o fazem em relação a outros critérios: raça, sexo, religião, etnia, etc. Entretanto, esse reconhecimento se expressa apenas através de uma espécie de liberdade negativa, ou seja, têm direito ao amor ou ao exercício da sexualidade desde que de forma discreta, restrita ao espaço privado. E, desse modo, está assegurado apenas o direito à privacidade, mas não exatamente o direito à vida familiar.

Negar o acesso ao casamento com fundamento na necessidade de diversidade de sexo significa continuar aceitando argumento jurídico que reafirma a reprodução de um modelo familiar e social culturalmente introjetados há séculos, o que se apresenta atualmente como algo problemático em termos de exclusão social e limitação de direitos. A Constituição Federal de 1988 não estabeleceu um conceito limitado ou taxativo de família. Por isso, inclusive, o substantivo família vem sendo flexionado: falamos contemporaneamente em famílias, assumindo a idéia de pluralismo.

Em nome da igualdade e ampliação de direitos no espaço público e da aplicação de princípios constitucionais como o da não discriminação e o da dignidade da pessoa humana, a possibilidade de acesso ao casamento homoafetivo deve ser considerado uma conquista decorrente de opção política que estende os mesmos direitos a todos, independente da sexualidade.

Os principais argumentos em favor do casamento homoafetivo são: a aplicação direta e imediata dos princípios constitucionais das famílias; a força vinculante da decisão do STF; o pluralismo das entidades familiares; a realização da segurança jurídica, pois o casamento, além de permitir a aquisição de direitos diversos dos que são conferidos a união estável, produz efeitos a partir da celebração, enquanto esta somente é reconhecida a *posteriori*.

É evidente que boa parte dos casais homoafetivos que vivem uniões estáveis não desejam casar, preferem a informalidade e o distanciamento do ambiente normativo que incide sobre o casamento. No entanto, não se pode impedir àqueles que desejam, principalmente após a decisão do STF (2011) que inscreveu o afeto como um valor jurídico autônomo no ordenamento jurídico, tornando a afetividade uma espécie de princípio constitucional tácito.

A vontade de casar é uma escolha/decisão pessoal, íntima, desvinculada da orientação sexual de cada indivíduo. O casamento é direito tão fundamental quanto o desejo de não permanecer casado, decisão extremamente facilitada com a recente regulamentação do divórcio direto. Cada indivíduo deve decidir sobre tais questões livremente. Não podem ficar submetidos a posicionamentos baseados em regras de caráter moral e dogmas religiosos anacrônicos nos dias atuais.

Exigir uma mudança da orientação sexual ou desconsiderar a convivência afetiva do casal homoafetivo para que seja possível alcançar direitos representa afronta à dignidade. Nas palavras do ministro Marco Aurélio Mello (STF, 2011): *“é obrigação constitucional do Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas. Uma sociedade que almeja a justiça, a liberdade, a fraternidade, a pluralidade; enfim uma democracia, não pode deixar que a discriminação, seja ela de qualquer natureza, incluindo a orientação sexual, prevaleça sobre outros valores.*

V ó REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: Cuidado e Vulnerabilidade. Coords. PEREIRA, Tania da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de. São Paulo: Atlas, 2009

BUGLIONE, Samantha e VENTURA, Miriam. Os tribunais brasileiros e os direitos sexuais e reprodutivos. In: Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de ética e justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIAS, Maria Berenice. Direito homoafetivo: rumo a um novo ramo do direito. In: Diversidade sexual e Direito Homoafetivo. Coord.: DIAS, Maria Berenice. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. União homossexual: o preconceito & a justiça. 4 ed. Ver. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GARCIA, Marcia. Limites da Ciência. A dignidade da pessoa humana. A ética da responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

GIDDENS, Antony. A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Rio de Janeiro: Record, 2000.

JENCZAK, Dionísio. Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008

LEITE, Eduardo de Oliveira. Estudos de direito de família e pareceres de direito civil: em homenagem à Dra. Regina Bilac Pinto, a õgrande dama da editoração jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2009

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. A Família na Constituição Federal. Perspectiva civil-constitucional. In: Diversidade sexual e Direito Homoafetivo. Coord.: DIAS, Maria Berenice. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. A Constitucionalidade do Casamento Homossexual. São Paulo: LTR, 2008.

MELLO, Marco Aurélio. (05.05.2011) Voto do relator da ADPF 132-RJ. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/911999-stf-reconhece-por-unanimidade-a-uniao-gay.shtml>>, acesso em 21 de setembro de 2011.

MOÁS, Luciane da Costa. *O Reconhecimento Jurídico da Família Homoafetiva: uma questão de justiça*. 295 p. [Tese de Doutorado em Saúde Coletiva]. Rio de Janeiro: Instituto de Medicinal Social, UERJ, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RIBAS, Luiz Otávio. Comunicação oral durante o II Seminário do IPDMS ó Instituto Pesquisa, Direito e Movimentos Sociais realizado na Cidade de Goiás/GO, nos dias 26,27 e 28 de abril de 2012.

RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Leia a íntegra os votos dos ministros do STF. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/912054-leia-a-integra-dos-votos-dos-ministros-do-stf.shtml>> . Acesso em 14.08.2011.

ROUDINESCO, Elizabeth. A família em desordem. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SOUZA, Estella Libardi. Sexualidade(s) e direitos humanos: "casos difíceis" e respostas (corretas?) do judiciário. Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3410.pdf>>. Acesso em 20.10.2011.

Reportagens publicadas em periódicos

Primeiro casamento civil gay do Brasil acontece hoje em Jacareí (SP). Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/06/28/primeiro-casamento-civil-gay-do-brasil-acontece-hoje-em-jacarei-sp.htm>>. Acesso em 23.08.2012

Jornal O GLOBO. Casamento gay: uma união ainda difícil no Rio. Disponível em: <site O globo- <http://oglobo.globo.com/rio/casamento-gay-uma-uniao-ainda-dificil-no-rio-4976208>>

Defensoria ajuíza ação para permitir casamentos do mesmo sexo. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades%2cdefensoria-ajuiza-acao-para-permitir-casamentos-do-mesmo-sexo%2c914029%2c0.htm>>. Acesso em: 23.08.2012