

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS À LUZ DAS CATEGORIAS CRÍTICAS DO DIREITO

LEGAL RECOGNITION OF HOMOAFECTIVES UNIONS IN THE LIGHT OF CRITICAL CATEGORIES OF LAW

Maurício Zandoná¹

Resumo: Este trabalho tem por objetivo abordar a questão do reconhecimento jurídico e social das uniões homoafetivas, tema que tem levantado muita polêmica no meio jurídico. Assim, o estudo relata as transformações que a sociedade contemporânea vem sofrendo nos últimos tempos, especialmente no que tange ao instituto da família, que, mais uma vez, ganha novos contornos em sua definição com a possibilidade de se admitir as uniões homoafetivas como entidade familiar. Em contraposição às interpretações jurídicas que se tem acerca do tema, a questão é atacada sob a visão da teoria crítica, com o emprego das categorias do direito, quais sejam: sociedade, ideologia, alienação e práxis, obtendo assim, uma visão social da realidade.

Palavras-chave: sociedade contemporânea, uniões homoafetivas, categorias críticas do direito.

Abstract: This paper aims to address the social and legal recognition of homo affective marriages, an issue that has raised much controversy in the legal environment. Thus, the study reports the transformations that contemporary society has undergone in recent times, especially in regard to the institution of family, once again, earns new contours in its definition with the possibility of admitting the homo affective unions as a family entity. In contrast to the legal interpretation that has been on the subject, the matter is attacked from the perspective of critical theory, with the use of categories of law, which are: society, ideology, alienation and praxis, thereby obtaining a social vision of reality.

Keywords: contemporary society, homo affective unions, reviews categories of law.

Considerações iniciais

A família sofreu e vem sofrendo, nas últimas décadas, profundas mudanças comportamentais que ocasionaram a alteração significativa de sua função, de sua natureza, de sua composição e, conseqüentemente, de sua definição, sobretudo após o advento do Estado Democrático de Direito com a proclamação da Constituição Cidadã de 1988.

Na maioria dos ordenamentos jurídicos, salvo poucas exceções, não mais subsistem, tão somente, os preceitos jurídicos definidores da família tradicional, constituída pelo marido, pela mulher e seus filhos, onde o poder de comando e decisões se concentra unilateralmente nas mãos do homem. Nem mesmo os objetivos e os interesses das pessoas em constituir uma união revestida de reciprocidade são os mesmos da antiguidade.

O relacionamento familiar ganhou novos contornos no que diz respeito à finalidade, à composição, aos direitos e deveres de seus membros. Os atributos da família na sociedade contemporânea se fazem por conquistas outras que não a de procriação e continuidade cultural e consuetudinária de um determinado grupo de pessoas.

O conceito de uma família matrimonial e hierarquizada, tradicionalmente vista como a única reconhecida em tempos mais distantes, perdeu força em razão das mudanças comportamentais dos indivíduos na sociedade atual. Hoje, as legislações referentes ao direito de família reconhecem várias outras espécies de família e, em especial, a legislação brasileira, também adota constitucionalmente outras formações de entidade familiar que não aquela dita tradicional, o que acarreta, evidentemente, uma nova definição do conceito de família.

Em voga, os debates jurídicos acerca do reconhecimento ou não das uniões homoafetivas como entidade familiar têm propiciado aos intérpretes inúmeras reflexões analíticas dos textos legais pertinentes ao assunto.

¹ Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Itapiranga – FAI. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Advogado. E-mail: itiozandona@hotmail.com

De um lado, uma interpretação principiológica aponta para o reconhecimento jurídico das famílias homoafetivas, compostas pela união de pessoas do mesmo sexo, já que a Constituição Federal refuta qualquer espécie de discriminação, preservando o direito fundamental da dignidade da pessoa humana. De outro lado, uma interpretação normativa-gramatical-constitucional opta por defender o não reconhecimento dessas uniões homossexuais em razão de que o constituinte deixou de prescrever na Carta Constitucional essa espécie de união como entidade familiar, corrente que utiliza como argumentação a impossibilidade de que o aplicador da lei possa preencher a lacuna exposta na norma, sob pena de ofender o princípio da separação dos poderes, pois não seria sua tarefa legislar e acrescentar direitos no texto constitucional.

Os indivíduos interessados pelo reconhecimento jurídico dessas uniões certamente buscam, além do reconhecimento social como um grupo familiar, a proteção e tutela estatal aos direitos e obrigações inerentes às entidades familiares.

Importante ressaltar que a realidade social, dada a transformação comportamental dos indivíduos, aceita ou, no mínimo, reconhece a existência de tais relacionamentos, tidos não mais como esporádicos, aleatórios, repugnados e discriminados, mas, agora, como relacionamentos corriqueiros, constantes, recepcionados e indiscriminados pela sociedade em geral. Tanto isso é verdade, que as próprias correntes doutrinárias que divergem sobre o reconhecimento jurídico dessas uniões reconhecem e aceitam sua existência e valor social.

Nesse compasso, a Teoria Crítica do Direito empresta importante valor teórico para uma melhor compreensão do problema. As categorias críticas do direito, definidas como a sociedade, a ideologia, a alienação e a práxis, servem como base teórica para enfrentar as formas de interpretação jurídica que se tem dado para o caso em destaque, já que não se pode negar a complexidade que envolve o assunto.

Dessa forma, procura-se neste breve estudo dar ao leitor uma visão crítica diferenciada acerca do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, sobretudo pela análise das categorias críticas do direito, sem, contudo, perder o foco da necessidade de se dar efetividade e solução ao problema que se tem enfrentado. Para isso, a abordagem da cada capítulo do presente trabalho será realizada de forma sucinta e objetiva, mormente se pretende passar ao leitor e estudioso do direito os aspectos mais importantes sobre o tema proposto.

1 O conceito de família na sociedade contemporânea

O conceito de família difere doutrinariamente no espaço de tempo em que a sociedade promove mudanças comportamentais, criando com isso um verdadeiro paradoxo, cuja extensão de sua compreensão resta diversificada e está intimamente ligada com o ramo do direito que se pretende estudar. Assim, por exemplo, tal extensão não coincide no direito penal, fiscal ou previdenciário com as regras do direito civil. Contudo, importa-nos abordar os aspectos gerais que permeiam o respectivo instituto jurídico.

As relações jurídicas no âmbito familiar são constituídas de forte conteúdo ético e moral, contempladas por um cunho extremamente pessoal, onde os sentimentos de afeto entre pais e filhos são determinados por uma cultura de respeito, subordinação e hierarquia, bem como a relação entre os cônjuges ou companheiros se dá em regime de reciprocidade e igualdades legais, compreendendo esse núcleo familiar como uma organização microssocial.

Valendo-se da doutrina, os ensinamentos de Silvio de Salvo Venosa² demonstram que, nos dias de hoje, a escola e outras instituições recreativas e educacionais preenchem as atividades cotidianas dos filhos, atributos que, anteriormente, eram um dever e obrigação dos pais. Ao contrário do que se tinha na antiguidade, os pais se afastam da educação dos filhos e o Estado assume a total responsabilidade pela tarefa através do oferecimento de instituições

² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

estatais de ensino, ou instituições privadas supervisionadas por ele. Direitos como o lazer, a saúde e a assistência social também recaem sob a responsabilidade do Estado.

Explica Venosa³ que, com o advento da industrialização, a família se transforma drasticamente, restringindo o número de seus membros, tendo em vista que o homem se ocupa, agora, no labor industrial das fábricas e a mulher acaba por lograr êxito no preenchimento de vagas no mercado de trabalho. Com isso, a igualdade de direitos entre o homem e a mulher começa a ganhar corpo nos ordenamentos jurídicos. Dessa forma, o matrimônio perde força cultural e finalístico dentro do convívio social, já que as uniões sem casamento passam a ser reconhecidas legalmente pela sociedade e pela legislação. O novo fenômeno social da união estável determina uma nova família, a qual se estrutura e é reconhecida independentemente de contrair núpcias.

Observando os novos aspectos da sociedade contemporânea, bem como a legislação mais avançada encontrada no direito comparado, a Constituição Federal de 1988 procurou estabelecer vários direitos e garantias concernentes ao grupo familiar.

A Carta Magna destinou um capítulo específico relativo aos direitos da família, da criança, do adolescente e do idoso, trazendo em seu texto alguns preceitos fundamentais de proteção aos membros familiares e da própria família como entidade a ser preservada pelo Estado. Determinou que a união estável entre o homem e a mulher merece proteção do Estado e deve ser reconhecida como entidade familiar; declinou a total igualdade entre homem e mulher no exercício de seus próprios direitos e deveres, bem como a total liberdade de ambos na administração e planejamento familiar; também reconhece como entidade familiar o grupo formado por qualquer dos pais e seus descendentes, entidade hoje chamada de família monoparental; eliminou qualquer distinção entre os filhos concebidos dentro ou fora do casamento, proibindo qualquer discriminação entre eles; previu a possibilidade da dissolução do casamento através do divórcio direto após dois anos da separação de fato, dentre outros direitos e deveres concernentes à proteção da família, tudo anunciado como dever do Estado.

Relativamente ao reconhecimento jurídico, observa-se que a Constituição Federal tutelou apenas três tipos de entidades familiares:⁴ a família matrimonial, aquela já anteriormente constituída tradicionalmente através do casamento; a família convivente, consistente na união estável entre o homem e a mulher – particularidade esta explícita pelo constituinte; e, por fim, a família monoparental, constituída por qualquer dos pais e seus descendentes, o que ocorre, por exemplo, constantemente por ocasião de concepção de filhos por mãe solteira, nas separações judiciais e guarda unilateral dos filhos.

Por todas essas relevantes transformações sociais, para Leonardo Barreto Moreira Alves⁵ o conceito moderno de família também se modifica para entender o instituto como entidade voltada para a realização da dignidade da pessoa humana, consoante a brilhante definição doutrinária a seguir transcrita:

...resta demonstrado que a família deixou de ser um instituto fechado e individualista para ser definida modernamente como uma comunidade de afeto e entreajuda, local propício à realização da dignidade da pessoa humana e, por isso mesmo, caracterizada como um ente voltado para o próprio homem, plural como ele mesmo é, democrática, aberta, multifacetária, não discriminatória, natural e verdadeira.⁶

³ VENOSA. *Op. Cit.*

⁴ A interpretação dominante do artigo 226 da Constituição Federal é no sentido de reconhecer apenas essas três espécies de entidades familiares, em que pese entendimento ao contrário, principalmente pelos defensores da inclusão dos casais homossexuais no rol de entidade familiar a ser protegida pelo Estado, corrente que vem ganhando fortes adeptos na atualidade, como Maria Berenice Dias, Paulo Luiz Netto Lôbo, Leonardo Barreto Moreira Alves, dentre outros.

⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: a função social da família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. V. 8. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2007.

⁶ *Idem*, p. 147.

Os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, bem como os direitos e garantias fundamentais elencados em nossa Constituição acabam por autorizar interpretação mais abrangente sobre a entidade familiar, a qual, realmente, deixa de ser uma comunidade fechada e individualista e passa a ter considerados valores éticos de afetividade e solidariedade, atributos ativos na constituição e definição jurídica das novas espécies de família.

As novas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais em relação à entidade familiar, cuja representação interpretativa vem por conta de Maria Berenice Dias,⁷ permitem afirmar que o constituinte propiciou um alargamento no conceito de família ao emprestar proteção jurídica às uniões estáveis não oficializadas pelo instituto do casamento, motivo pelo qual, lembra a doutrina que o reconhecimento do vínculo afetivo é aspecto de significativa importância para a identificação da natureza familiar. Para a autora,

a família não se restringe ao relacionamento com o selo da oficialidade, pois o Judiciário, ao emprestar juridicidade ao que era chamado de concubinato, impôs ao constituinte o alargamento do conceito de entidade familiar. Imperativo reconhecer que é a presença do vínculo afetivo a pedra de toque para a identificação de um elo de natureza familiar.⁸

No sentido de reconhecer como principal atributo da família atual o vínculo de afetividade entre os parceiros conviventes se posicionam em número crescente os melhores doutrinadores da área de família. Não se nega que o aspecto de afetividade entre os companheiros tem primordial importância para o reconhecimento da entidade familiar. Contudo, os adeptos ao positivismo jurídico fazem coro no sentido de reconhecer, no caso dos casais homossexuais, apenas um vínculo obrigacional, nos moldes de uma sociedade de fato.

Veja que os meros interesses patrimoniais que faziam parte da conceituação tradicional – fala-se da antiguidade – do direito de família perdem força em detrimento aos novos aspectos da família atual, a qual está calcada em interesses puramente humanos e solidários, ressaltados pelo elemento afetividade entre os companheiros.

A baliza norteadora do reconhecimento doutrinário – e até mesmo jurisprudencial – dessa nova espécie de família tem amparo constitucional no princípio da dignidade de pessoa humana, o que vem sendo corriqueiramente sustentado pelos defensores de tal corrente. A expressa vedação constitucional a qualquer espécie de discriminação, os direitos à vida, à liberdade e à livre orientação sexual também colaboram para o fortalecimento de uma interpretação voltada para a verificação de uma remodelação da família tradicional, fenômenos que impõem novos contornos para a atual definição de família no contexto constitucional.

Nesse diapasão são valiosos os ensinamentos doutrinários acerca do tema, trazidos por Lôbo:

A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que matizaram o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto: a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família

⁷ DIAS, Maria Berenice. União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. N. 4. **Revista Brasileira de Direito de Família**, 2000.

⁸ *Idem*. A discriminação sob a ótica do direito. v. 4, n. 13. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2002. p. 9.

tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização.⁹

Dessa forma, os vínculos familiares têm um novo escopo jurídico, diverso e alheio aos preceitos conceituais da família tradicional composta por homem e mulher, fatos que permitem consignar as transformações sociais ocorrida em nossa sociedade, o que fora muito bem observado pelos estudiosos do direito e, com base no elemento afetividade, Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁰ acaba por denominar o fenômeno como a repersonalização das entidades familiares.

A realidade social demonstra que os costumes de uma sociedade vão se transmutando no tempo a partir de novas experiências vividas, derrubando barreiras conservacionistas e afastando incidência de regras normativas até então impostas pelo Estado aos indivíduos.

A par disso, surge o alento doutrinário, nas palavras de Wellington Pacheco Barros,¹¹ pela necessidade de adaptar e aplicar a legislação conforme o fato socialmente aceito, pois é, justamente, isso que o jurisdicionado busca quando se socorre ao Estado. Tal premissa é inteligentemente defendida pela doutrina, especialmente quando se trata de prestação jurisdicional efetivada pelo Poder Judiciário. No texto abaixo, salutar é a preocupação do intérprete da lei no que se refere à necessidade de reformulação das normas jurídicas, ao afirmar:

A grande questão é quando a lei não acompanha o evoluir social, como nas situações inicialmente elencadas. Ou seja, quando não há correspondência entre o fato socialmente aceito e a lei que o regulamenta. Tenho que, nesses casos, ela sofre de ineficácia declarada pela própria sociedade e, por ser o Poder Judiciário também um mandatário do poder social, a ele caberá o controle e a ratificação da imprestabilidade da lei por atentar contra a normalidade geral. O judiciário precisa ver a lei com os olhos da realidade, pois, se não o fizer, na explicação de que é apenas o seu aplicador, estará se negando, porque o seu poder, originalmente um poder social, tem um correspondente dever.¹²

Mesmo compondo o ordenamento jurídico, leis que não correspondem às realidades sociais aceitas pelos cidadãos carecem de eficácia no mundo dos fatos. Nesse compasso, cabe ao Estado, através do Poder Judiciário, aplicar de forma efetiva provimentos judiciais que alcancem ao indivíduo o bem jurídico pretendido, sem, contudo, impor decisões arbitrárias e com ofensa à democracia e ao princípio da dignidade da pessoa humana. É fácil perceber que a sociedade atual clama, a toda hora, por segurança jurídica, celeridade processual e maior eficácia da prestação jurisdicional. Não se nega a hodierna atividade do Poder Judiciário, no entanto, pelas transformações constantes vividas pela sociedade contemporânea faz-se necessária uma prestação mais ágil e efetiva, visando sempre os interesses da coletividade.

2 Interpretações jurídicas das uniões homoafetivas

O tema “uniões homoafetivas”, também chamadas de “uniões homossexuais”, está, hoje, em evidência nos debates jurídicos. Muitos são os trabalhos acadêmicos e científicos no sentido de adequar essas relações aos preceitos do ordenamento jurídico. No entanto, as

⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas, para além do *numerus clausus*. n. 12. **Revista Brasileira do Direito de Família**, 2002, p. 151.

¹⁰ *Idem*. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira do Direito de Família**. v. 6, n. 24. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2004.

¹¹ BARROS, Wellington Pacheco. **Dimensões do direito**: a eficácia social da lei. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

¹² *Idem*, p. 36.

interpretações jurídicas estabelecidas pelos estudiosos do direito divergem acerca da questão, mormente que uma corrente doutrinária reconhece constitucionalmente as uniões homoafetivas como entidade familiar, enquanto outra entende que a Constituição Federal não reconhece como família a união de pessoas do mesmo sexo. Vejamos sucintamente tais posicionamentos e suas consequentes interpretações jurídicas.

Apesar da ausência de previsão constitucional como entidade familiar, os casais homossexuais vêm tendo seus direitos constantemente reconhecidos por decisões judiciais de primeiro grau e também por alguns Tribunais de Justiça, especialmente o do Rio Grande do Sul, bem como o foco do legislador está totalmente voltado para a legalização e reconhecimento dessa união como entidade familiar.¹³

Maria Berenice Dias, a pioneira na defesa dos direitos dos homossexuais, analisando o texto da lei relativo à violência doméstica, o qual determina que a proteção da mulher no ambiente familiar se dará independentemente de orientação sexual, conclui pelo reconhecimento jurídico das relações homoafetivas em virtude dessa expressa previsão na Lei 11.340/06,¹⁴ conhecida como Lei Maria da Penha. Assim dispõe a autora,

Diante da expressão legal, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma unidade doméstica, não importando o sexo dos parceiros. Quer as uniões formadas por um homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres, quer as formadas por um homem e uma pessoa com distinta identidade de gênero, todas configuram entidade familiar. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, fato é que ampliou o conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros.¹⁵

Ao contrário da doutrina positivista, que considera taxativas as espécies de famílias constantes no artigo 226 da Constituição Federal,¹⁶ ou seja, as constituídas pelo casamento, as uniões estáveis heterossexuais e a família monoparental, parte dos operadores do direito, dentre eles Diogo Andrade,¹⁷ também inclui as uniões homoafetivas no rol das entidades familiares, desde que tais uniões apresentem as características configuradoras de uma convivência estável. Vejamos o posicionamento desta corrente doutrinária para melhor elucidar a questão, consoante segue,

As uniões de pessoas do mesmo sexo apresentam todas as características essenciais para a configuração das entidades familiares, haja vista que tais relações estabelecem uma relação de afeto, respeito, consideração e auxílio mútuo, apresentando-se para a sociedade como parceira numa relação de forma contínua e duradoura, comportando-se de forma similar a qualquer casal heterossexual.¹⁸

¹³ Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei de nº 1.151/95, de autoria de Marta Suplicy, que visa disciplinar uma nova modalidade de entidade familiar formada pela união civil entre pessoas do mesmo sexo.

¹⁴ Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. Violência doméstica e as uniões homoafetivas. Jus Navegandi: Teresina. 10. n. 1185. p. 1. 29 set. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>.

¹⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

¹⁷ ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 7, n. 30. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2005.

¹⁸ *Idem*, p. 101-102.

Desde que visualizada pela sociedade, ou pelo grupo social de convívio comum, o comportamento de reciprocidade e afeto, a estabilidade da relação e a ostensividade do relacionamento de pessoas do mesmo sexo, as uniões homoafetivas passam a preencher os requisitos exigidos – em comparação às uniões estáveis – para o reconhecimento jurídico de entidade familiar, apesar da diversidade da orientação sexual.

Roger Raup Rios¹⁹ afirma que não existe motivo para excluir juridicamente as relações homossexuais dos preceitos protetores do direito de família, pois os antigos preconceitos acerca da convivência entre pessoas do mesmo sexo já estão superados pela sociedade atual, bem como se fortalecem corriqueiramente de proteção jurídica familiar através de posicionamentos jurisprudenciais, principalmente, amparados pelo esteio constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana.

A corrente doutrinária defensora do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, representada por Lôbo,²⁰ fundamenta sua posição interpretando que o *caput* do art. 226 da Constituição Federal é cláusula geral de inclusão, a qual admite qualquer entidade familiar que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade, pois entendem que as espécies de famílias mencionadas nos parágrafos do referido artigo são meramente exemplificativas.

Corroborando tal interpretação, Mara Berenice Dias complementa e explica:

Não há, portanto, como deixar de visualizar a possibilidade do reconhecimento de uma união estável entre pessoas do mesmo sexo. O adjunto adverbial de adição “também”, utilizado no § 4º do art. 226 da CF, é uma conjunção aditiva, a evidenciar que se trata de uma enumeração exemplificativa da entidade familiar. Só as normas que restringem direitos têm de ter interpretação de exclusão.²¹

Pela análise dessa interpretação jurídica do texto constitucional, Dias afirma que a Carta Maior não tratou de excluir a família homoafetiva das espécies por ela reconhecida e, conseqüentemente, de sua total proteção jurisdicional.

Para a doutrinadora acima comentada, as uniões homoafetivas devem ser reconhecidas da mesma forma que as uniões estáveis heterossexuais, porquanto se equivalem. Já para Roger Raupp Rios,²² as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo se caracterizam como relações autônomas, independentes das uniões estáveis, porquanto se trata de duas situações diversas e peculiares.

De todo o exposto, a interpretação jurídica dada em prol do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar tem como pilar consolidado o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual abarca direitos fundamentais como o da igualdade, liberdade e a vedação de qualquer espécie de discriminação, inclusive o da orientação sexual do indivíduo.

De outro lado, também são conhecidos os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais contrários à tese acima defendida, os quais apontam pela impossibilidade de reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas como entidade familiar.

É de se levar em conta que a jurisprudência majoritária,²³ representada pelas decisões do Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de determinar que as relações homoafetivas devam ser reconhecidas como sociedades de fato, com a incidência do Direito das Obrigações, e não como uniões estáveis. Isso por que o § 3º do art. 226 do Constituição

¹⁹ RIOS, Roger Raup. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas, para além do *numerus clausus***. 2002, p. 151.

²¹ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual** – aspectos sociais e jurídicos, p. 11.

²² RIOS. **A homossexualidade no direito**.

²³ Vale mencionar que esse posicionamento jurisprudencial é defendido pelos Ministros do STJ Fernando Gonçalves, Nancy Andrighi, Barros Monteiro e Ruy Rosado Aguiar, dentre outros.

Federal e o art. 1º da Lei 9.278/96, que regulamenta as uniões estáveis, impõem como condição ao reconhecimento da entidade familiar a dualidade de sexo ao prescrever que “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”.

A análise da doutrina, nas palavras de Rainer Czajkowski,²⁴ comparando os dispositivos retrocitados, faz perceber que o reconhecimento da união estável como entidade familiar resulta da extração de quatro elementos essenciais, quais sejam: a dualidade de sexo, o conteúdo mínimo da relação, a estabilidade e a publicidade. Em decorrência desse raciocínio o autor disserta acerca da primeira condição dizendo que “duas pessoas do mesmo sexo não podem assumir, uma perante a outra as funções de marido e esposa, ou de pai e de mãe em face de eventuais filhos”.²⁵

A técnica jurídica utilizada pelo autor se reveste de interpretação gramatical do texto da Lei, haja vista que embasa sua posição tão somente na prescrição normativa que informa a dualidade de sexo – visualizada na expressão ‘entre o homem e a mulher’ – como requisito da configuração da união estável.

Essa interpretação gramatical vai de encontro com a interpretação sistemática utilizada pelos defensores da corrente contrária, que se valem dos princípios e garantias constitucionais para fundamentarem suas posições em favor do reconhecimento das uniões homoafetivas.

Contudo, não é assim que se posicionam alguns autores. Nas palavras de Belmiro Pedro Welter,²⁶ “não é possível resolver todos os problemas de interpretação com base no princípio da dignidade humana, na medida em que não há hierarquia hermenêutica nas normas constitucionais”. Nesse ponto, observa-se que o autor combate o entendimento de que os princípios da dignidade humana e da igualdade – dentre outros utilizados pelos defensores da tese favorável ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar –, não devem prevalecer sobre a expressa previsão constitucional da heterossexualidade, já que a interpretação da Constituição deve ser feita de forma hermenêuticamente linear, valorando um preceito da mesma forma do que outro.

O texto constitucional deixou lacunas no que diz respeito às uniões homoafetivas, pois não determinou que o legislador ordinário regulamentasse tais relações jurídicas, no que pese, também, não vedar expressamente a união entre pessoas do mesmo sexo. Em razão disso, a corrente doutrinária que se posiciona contrariamente a tese do reconhecimento jurídico dessas uniões como entidade familiar, afirma que não é papel do intérprete/julgador complementar a norma constitucional protetora dos direitos da família, mas sim, que tal tarefa deve ficar a cargo, e tão somente a cargo do legislador. Acrescenta ainda Welter:

É claro que a homoafetividade é uma forma de ser-no-mundo afetivo, portanto uma espécie de família, mas ela não poderá ser reconhecida constitucionalmente, na medida em que o art. 226 e § 3º admite tão-somente a família heteroafetiva. Mesmo que o texto constitucional esteja impregnado em pré-conceito contra a família, a homoafetividade é questão pertinente ao legislador, não estando ao alcance da subjetividade de cada intérprete/julgador, porque eliminaria o Estado Democrático de Direito, que impõe a observância da representação popular, por exigência do princípio da separação de poderes.²⁷

²⁴ CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre à luz da lei 8971/94 e da lei 9278/96**. 1. ed. 4. tiragem. Curitiba: Juruá, 1997.

²⁵ *Idem*, p. 54.

²⁶ WELTER, Belmiro Pedro. Família homoafetiva: limites constitucionais. **Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões**. n. 2. Magister, 2008.

²⁷ *Idem*, p. 80.

Segue o autor dizendo que não deve prevalecer a vontade do julgador nos casos da espécie abordada, já que deve prevalecer a vontade representativa da população, que elege seus representantes mediante o voto para legislar sobre as regras sociais. O autor complementa, afirmando:

É certo que a hermenêutica filosófica persegue intransigentemente a realidade da vida, mas, em um Estado Democrático de Direito, não prepondera a vontade subjetiva do intérprete, do julgador, e sim a vontade intersubjetiva da representação popular, pelo que é preciso deixar que o texto diga alguma coisa, o qual permite o casamento, a união estável, a família, exclusivamente entre homem e mulher.²⁸

Dessa forma, o reconhecimento pretendido dos casais homossexuais se daria somente com a alteração do texto constitucional, através de emenda constitucional que incluísse no rol do art. 226 as uniões homoafetivas como entidade familiar. Welter utiliza como base de sua fundamentação a posição de Lenio Luiz Streck e Vicente de Paulo Barretto, os quais se opõem à forma em que os Tribunais e juízes de primeiro grau vêm julgando as demandas relativas ao reconhecimento das uniões homoafetivas.

No entendimento dos autores acima referidos,²⁹ em um regime democrático, como se fala do Estado Brasileiro, o Judiciário não pode exarar decisões que manifestem preferências pessoais de uma parcela da sociedade ante a ausência de previsão constitucional, substituindo o Judiciário, o papel do legislador, e, conseqüentemente ferindo o princípio da separação de poderes do Estado Democrático de Direito. Nesse aspecto, vale transcrever o posicionamento dos doutrinadores:

Não cabe ao Poder Judiciário ‘colmatar lacunas’ do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário ‘crie’ uma Constituição ‘paralela’ (uma verdadeira Constituição do B), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que ‘indevidamente’ – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte.³⁰

No entendimento dos doutrinadores, se o constituinte originário deixou lacunas, não regulamentando ou ao menos determinando a regulamentação das uniões homoafetivas, ao passo que reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, somente através de emenda constitucional é que a matéria poderá ser devidamente regulamentada, preservando dessa forma, os preceitos da democracia e o pacto constitucional.

É importante ressaltar que Streck e Barretto³¹ fazem questão de afirmar que são a favor da regulamentação da proteção dos direitos pessoais e patrimoniais dos casais homossexuais, desde que efetuados pela via correta, que é a do processo legislativo previsto pela Constituição Federal.

Como visto, o tema é bastante amplo e passível de divergência doutrinária e jurisprudencial. Contudo, pode-se observar que as interpretações trazidas pelos estudiosos do direito quase sempre têm como base os fundamentos utilizados pelas duas correntes anteriormente abordadas. A primeira, defendendo a possibilidade do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas como entidade familiar com fundamento nos princípios e garantias constitucionais, bem como se valendo de textos legais infraconstitucionais indicadores de tal reconhecimento. A segunda, afirmando a impossibilidade do reconhecimento jurídico em

²⁸ WELTER. *Op. Cit.*, p. 79.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo. Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>

³⁰ *Idem*, p. 7.

³¹ *Idem*.

virtude da lacuna constitucional em relação à matéria, onde o intérprete/julgador não pode substituir o legislador, com fundamento no Estado Democrático de Direito e no pacto federativo que preserva o princípio da separação dos poderes.

Propõem-se então, olhar a questão com outra visão.

3 Refletindo a questão sob a ótica das categorias críticas do direito

A teoria crítica do direito tem por objetivo a reconstrução consciente da sociedade e sua autoinstituição, bem como a libertação dos indivíduos frente à alienação produzida e imposta pelos grupos microssociais dominantes. Nas palavras do Professor Luiz Fernando Coelho,³² a teoria crítica tem como projeto “uma nova maneira de interpretar, integrar e aplicar o direito revelado por meio de suas fontes tradicionais, mas enfatizando a emergência de fontes alternativas de produção jurídica”.

Isso significa dizer que se deve perceber o direito através do olhar da sociedade, através dos anseios desta, da realidade social aceita por esta, para então, diante de um saber teórico acumulado, superar as necessidades para a reconstrução do homem e da própria sociedade.

Num contexto epistemológico, a teoria crítica do direito elenca as quatro fundamentais categorias críticas para funcionar como instrumentos de pensar o direito, quais sejam: a sociedade, a ideologia, a alienação e a práxis.

A interpretação hermenêutica das categorias críticas do direito será realizada, neste trabalho, – na tentativa de colaborar com a discussão jurídica – com o enfoque no problema do reconhecimento ou não das uniões homoafetivas como entidade familiar.

Tem-se, primeiramente, que a sociedade não é constituída por um conjunto generalizado de indivíduos, mas por um agrupamento de indivíduos socialmente organizados, onde se pode verificar que tais grupos procuram proteger seus próprios interesses. Dessa forma, para a teoria crítica do direito a sociedade é vista como movimento social, como um grupo de indivíduos organizados que tendem à ascensão social. Por oportuno, a passagem doutrinária a seguir:

Em suma, a compreensão de um conceito de sociedade requer a definição de um ponto de vista: o proposto pela teoria crítica do direito é o dos movimentos sociais; neles podem ser enfatizados os elementos básicos que, atuando de maneira articulada, respondem às exigências de sua própria dinâmica. Mais do que componentes de um fenômeno, são os fatores que determinam seu êxito ou fracasso.³³

Não é diferente quando se pensa no movimento social dos homossexuais, pois é cediço que há muito os indivíduos formadores desse agrupamento reclamam direitos e proteção estatal. Não se pode negar que a sociedade, como um todo, já incorporou e aceitou esse movimento social à realidade. Pensando dessa forma, é de entender que todos os direitos relativos a esses indivíduos merecem proteção do Estado.

A ideologia, segundo a categoria crítica do direito, “é uma imagem que a sociedade projeta dela mesma e dos indivíduos e agrupamentos que a integram”³⁴ e significa a aceitação racional do indivíduo de uma verdade lhe imposta em dado momento histórico.

Para os homossexuais, a escolha pela orientação sexual diversa da tradicional permite que esses indivíduos lutem pelo reconhecimento de seus direitos, bem como da própria

³² COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 382.

³³ *Idem*, p. 116.

³⁴ *Idem*, p. 384.

relação jurídica, pois, para esses, a verdade se encontra ao lado, visto que a ideologia desse movimento social conduz o grupo para esse sentido. E assim o é quando duas pessoas do mesmo sexo, com interesses mútuos e recíprocos, numa relação de afeto, duradoura, contínua e pública se unem para promoverem um convívio social a ser reconhecido.

Com pertinência, o Professor Luiz Fernando Coelho explica a ideologia como categoria crítica do direito. Vejamos:

Ideologia é assim a representação que uma sociedade faz de si mesma e do mundo que a envolve em dado momento histórico. Ela é inseparável da sociedade, que a constrói, e da história, que é por assim dizer o meio onde ocorre a ideologia. Há, portanto, uma relação de imanência entre a ideologia e a sociedade em si considerada em um momento histórico determinado.

...penso a ideologia como uma concepção do mundo, do homem e da sociedade que, na medida em que contém elementos ideais que respondem a interesses de um grupo social em determinado momento histórico, orienta a conduta dos homens na sociedade e, de certa forma, legitima a ordem social pela atuação dos grupos interessados, os quais dispõem dos mecanismos de controle social, entre eles o direito.³⁵

A concepção social discriminatória acerca da união entre pessoas do mesmo sexo, que anteriormente impregnava a sociedade, acabou por se transformar em aceitação social em virtude dos ideais de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, que há muito vem sendo trabalhado na sociedade contemporânea. Esses ideais, tão valiosos para o indivíduo, fazem parte da formação ideológica nascido como movimento social dos homossexuais e, por isso, projetam a reconstrução da própria sociedade.

Como terceira categoria crítica do direito, a alienação é o produto da ideologia e significa a inconsciência dos indivíduos para as funções que, na realidade, deveriam desempenhar dentro do grupo social. A alienação significa não ver as verdades que estão ao seu redor; ela revela a inconsistência do conhecimento do indivíduo aos preceitos que deveriam ser observados por ele, tudo em razão de uma ideologia aceita e tida como verdadeira para um determinado grupo dominante.

Nas palavras do mestre, a alienação se projeta, em substituição, do inconsciente do indivíduo para o inconsciente coletivo na troca de valores, ao afirmar:

A alienação consiste, portanto na substituição, no inconsciente dos indivíduos, o qual se projeta intersubjetivamente como inconsciente coletivo, do autêntico pelo artificial, da autonomia pela heteronomia, da liberdade pela opressão. Mas não se trata do fato em si dos artificialismos, da normatividade heterônoma e da opressão, mas do estado de inconsciência em que esses fatores se encontram, em consequência da manipulação da ideologia pelos segmentos detentores do poder social.³⁶

Esclarecendo a categoria crítica ora abordada, a alienação aparece na questão do reconhecimento das uniões homoafetivas no seguinte exemplo: o jurista que se diz a favor do reconhecimento legal das uniões homossexuais, no entanto, nega os efeitos jurídicos de proteção estatal por entender que não se trata de família. No exemplo, o jurista está alienado em razão de sua ideologia positivista, pois, mesmo aceitando a realidade social dos homossexuais, lhe nega a incidência de direitos pela ausência de norma legal regulamentadora.

É fácil perceber que os indivíduos de um determinado movimento social, em razão de sua ideologia, restam alienados pelo inconsciente aos ideais de outro movimento social,

³⁵ COELHO. *Op. Cit.*, p. 134-136.

³⁶ *Idem*, p. 143.

fazendo que os primeiros não desempenhem o papel que realmente deveriam na sociedade. Assim acontece com o magistrado dogmático, com o jurista positivista, com o comunista, e até mesmo, com os próprios homossexuais.

Por fim, a práxis aparece como a última categoria crítica do direito. Ela vem contrapor a alienação mediante o trabalho transformador do indivíduo, trabalho este consciente como o objetivo de reconstruir-se a si mesmo e a sociedade.

Etimologicamente, a palavra *práxis* significa uma atividade dirigida a um fim determinado, contudo, acrescida das ideias de conscientização e transformação. Coelho³⁷ explica. Como trabalho intelectual, a práxis realiza uma atividade teórica que resulta na união entre a teoria e a experiência, revelando a reciprocidade entre o saber articulado com o fazer voltados para a transformação da sociedade. Como trabalho físico, a práxis aparece na atividade produtiva do homem e se caracteriza no próprio trabalho na mediada em que desaliena, autonomiza e liberta o indivíduo e a sociedade. Finalmente, como trabalho político, a práxis realiza uma atividade de mediação necessária para a realização do projeto de transformação social.

O texto a seguir revela a compreensão da terceira categoria crítica do direito. Vejamos:

....a práxis é a união entre o saber e o fazer. Equivale à dimensão ética da teoria crítica e importa a irrenunciável tarefa de engajamento político do jurista na defesa dos direitos fundamentais do homem, como ser humano e como cidadão, e a utilização das expressões históricas do direito para construção e reconstrução da sociedade e do próprio direito como justiça.³⁸

Nesse compasso, entende-se que o papel do jurista, em especial na questão dos casais homoafetivos, não é aplicar o texto legal estabelecido pelo poder do Estado como única forma de reconhecer direitos, mas substituir o conteúdo normativo com outros mais condizentes com as expectativas de uma justiça material e de uma realidade social.

A utilização das categorias críticas importa dizer que o direito deve ser estudado, compreendido e utilizado em função da sociedade, observando nesse contexto, os agrupamentos de indivíduos que se incorporam como movimento social.

As interpretações jurídicas acerca da possibilidade ou não do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, analisadas no decorrer do texto, revelam apenas a preocupação dos juristas com a aplicação da lei, em especial do texto constitucional.

Data vênia, o que interessa é que as uniões homoafetivas estão aí, sejam elas reconhecidas como uniões estáveis ou uniões autônomas, ou sequer sejam reconhecidas. A sociedade já incorporou e aceitou essa realidade, bem como várias conquistas já foram alcançadas pelos casais homossexuais. O direito à adoção por casais homossexuais; o direito à dependência previdenciária ao companheiro dada pela Instrução Normativa 25 do INSS; a proteção estatal em face da violência contra mulher da Lei Maira da Penha e outros são alguns dos reconhecimentos sociais dados a essas uniões entre pessoas do mesmo sexo, e isso não se pode negar.

Com ou sem regulamentação jurídica, as uniões homoafetivas estão revolucionando e reconstruindo uma nova sociedade e, conseqüentemente, haverá uma nova definição para o instituto da família, mormente a reconstrução do próprio indivíduo e de seus ideais.

Considerações finais

A sociedade evoluiu e se transformou com o passar do tempo, e com ela a definição de família também se modificou. Modernamente, tem se falado em entidade familiar para a

³⁷ COELHO. *Op. Cit.*

³⁸ *Idem*, p. 385.

melhor compreensão do instituto. Valendo-se das interpretações doutrinárias até então declinadas, é prudente afirmar que a entidade familiar pode ser entendida como a união de pessoas com interesses recíprocos de afeto, inteiramente ligados pela solidariedade e com objetivos únicos e singulares de buscar o reconhecimento social, independentemente da forma de constituição e formação pelos seus membros.

Levando em consideração os novos aspectos da sociedade contemporânea, podemos definir direito de família como um instituto voltado para a realização da dignidade da pessoa humana, carreado de sentimentos de afetividade e solidariedade entre seus membros, pelo qual se busca um reconhecimento humanístico da própria sociedade, bem como a tutela de todos os direitos e garantias nas relações jurídicas reguladas pelo ordenamento pátrio.

Seja através do texto da lei ou dos sintomas sociais, o movimento dos homossexuais deve ser reconhecido, pois ele está aí, aos nossos olhos. A realidade das uniões homoafetivas demonstra a crescente incidência dessa espécie de relação jurídica e isso, por sua vez, não traz nenhum prejuízo ou problema à sociedade. Pelo contrário, faz com que as pessoas se compreendam melhor e compreendam uns aos outros. O que cabe ao intérprete/julgador, nesses casos, é não aplicar a lei impositivamente, e sim fazer justiça.

A teoria crítica do direito ensina que a reconstrução de uma sociedade se faz, não com a vontade da norma, mas com a vontade dos indivíduos que formam os movimentos sociais, mormente a realidade social do respectivo momento histórico.

Uma coisa deve ser dita. O direito não pode se negar a enfrentar a realidade social e, ao enfrentá-la, deve observar a aceitação dessa realidade pela sociedade, sob pena de negar a ela própria o direito de ser reconhecida.

Referências

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: a função social da família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 8, n. 39. Porto Alegre: Síntese, 2007.

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 7, n. 30. Porto Alegre: Síntese, 2005.

BARROS, Wellington Pacheco. **Dimensões do direito: a eficácia social da lei**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Aulas de introdução ao direito**. Barueri: São Paulo. Manole, 2004.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre à luz da lei 8971/94 e da lei 9278/96**. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 1997

DIAS, Maria Berenice. União homossexual – aspectos sociais e jurídicos. n. 4. **Revista Brasileira de Direito de Família**, 2000.

_____. A discriminação sob a ótica do direito. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 4, n. 13. Porto Alegre: Síntese, 2002.

_____. Violência doméstica e as uniões homoafetivas. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 10, n. 1185, 29 set. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas, para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira do Direito de Família**. n. 12, 2002.

_____. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 6, n. 24. Porto Alegre: Síntese, 2004.

RIOS, Roger Raup. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo. Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. **Jus Navigandi**: Teresina. 13, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WELTER, Belmiro Pedro. Família homoafetiva: limites constitucionais. **Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões**. n. 2.. Magister, 2008.

Recebido em: 6 de outubro de 2012

Aceito em: 15 de fevereiro de 2013