

JUSTIÇA & CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO

REPUBLICA FEDERAL DO BRASIL

PRESIDENTE DO TJ DE SÃO PAULO
Dr. CELSO LIMONGI:

O ESTADO NÃO CUMPRE AS SUAS OBRIGAÇÕES

Editorial: BUROCRACIA ESCLEROSADA

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Sergio Couto

Pesquisador jurídico



ilustração: Debora Oigman

A homossexualidade é um fato social que vem se perpetuando séculos afora. Sempre existiu nos povos primitivos. E sempre existirá, não cabendo à sociedade contemporânea a tentativa de padronizar o comportamento dos agentes, à luz daquilo que “ela acha” que seja o correto.

Sabemos que não se pode fechar os olhos para determinadas situações que existem na sociedade e que não são reconhecidas pela norma jurídica, como a relação entre homens ou entre duas mulheres. Mesmo não existindo lei que regulamente essa forma de conviver, a Justiça, quando é convocada para resolver problemas que surgem de tal situação, aplica, buscando solucionar, os princípios legais que regem o Direito das Obrigações. Não se pode permitir, e isso vem de longe, o enriquecimento sem causa; a exploração de um pelo outro. Os companheiros têm que provar que atuaram de forma solidária em vista de uma finalidade comum (artigo 981, do Código Civil, de 2002).

Na ordem do dia tupiniquim discute-se o reconhecimento, no atual regime constitucional, sobre a possibilidade jurídica da união estável entre os parceiros(as). Será possível?

Duas correntes se contrapõem: a que representa a maioria esmagadora dos tribunais, considerando impossível dita união, por ferir o artigo 226, § 3º, da Carta Constitucional que define como entidade familiar a união entre pessoas de sexo distinto. O óbice, portanto, é intransponível. A outra, isolada, instalada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que vem dando ganho de causa aos casais que pretendam regularizar a situação, com as bênçãos do Estado.

Tornou-se emblemática a frase que inspirou a decisão gaúcha, segundo a qual a união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar, e não apenas a diversidade dos sexos. A palavra de ordem é o afeto, venha de onde vier!

“União estável” (que vocábulo infeliz) é apenas uma forma de concubinato, e a origem deste se perde nas brumas de um passado distante e que estará sempre presente na vida social.

Repilo a expressão porque ela dá margem a estelionatos sentimentais visando cifras imerecidas que os tribunais

registram em profusão. É o “modismo legislativo”, fundado em pretensões eleitoreiras. Mero engodo ou mistificação, mas que tem o condão de causar turbulências sociais, que vêm ocorrendo desde 1988. A intenção do constituinte não era confundir concubinato (ou união estável) com o casamento, o que acabou acontecendo. A idéia corrente, sem exagero, é: “Apertou a mão, deve-se pagar a pensão!”

Precisamente com base nessas premissas, têm merecido críticas, é que surgiu o movimento para que a união estável alcançasse com o “seu manto protetor” os não heterossexuais.

Ninguém considerou as sábias advertências do prof. Arnoldo Wald, relator da Comissão nomeada pelo ministro de Justiça, para apresentar projeto regulamentando a União Estável pela Portaria nº 355, de 28-5-96, ao assinalar, com precisão:

“Estabelece a Constituição duas finalidades distintas:

- a) proteger a união quando estável, constituindo uma entidade familiar; e
- b) facilitar a sua conversão em casamento (sempre que possível e desejado pelas partes).

Não se deve identificá-la com o casamento, no qual poder-se-á, eventualmente, transformar.”

Vivemos num clima de insegurança jurídica que decorre de critérios subjetivos. Cada um age, pensa e decide como quer. Não há parâmetros na lei que possam oferecer garantia de estabilidade jurídica nas relações.

Curioso que essa questão sempre mereceu tratamento jurídico adequado no STF tanto que editou a Súmula 380, segundo a qual: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Questão de prova, apenas.

O efeito jurídico imediato que resulta da união é a partilha dos bens, quando comprovado o esforço dos conviventes na formação do patrimônio comum. Essa regra tanto vale para o concubinato (união estável), ou para o casamento, não havendo divergências entre os tribunais.

Há uma outra questão instigante. Saber se é possível convencionar doação recíproca de um imóvel adquirido pelos parceiros(as), na proporção de 50% para cada um.

Sem problemas, desde que não haja herdeiros necessários. Inocorrendo, com a morte de um deles, poderá ser obtida a adjudicação da totalidade da herança, em favor do parceiro sobrevivente.

Em verdade, a família brasileira vive desassossegada há quase duas décadas, exigindo dos poderes constituídos uma resposta definitiva sobre assuntos relacionados com a “união estável”. São milhares de interesses. Um desconforto para os operadores do Direito quando chamados a se pronunciar; afinal, a união estável entre pessoas do mesmo sexo é constitucional ou não? E o que é mais tormentoso: quem irá julgar a matéria? O STF, desde a vigência da Constituição, jamais se pronunciou em questões de “união estável” quando deveria fazê-lo, porque se trata de delicadíssima questão de família erigida a cânnon constitucional e, inserida, portanto, nos títulos próprios da Carta. No entanto, o STJ vem interpretando, na prática, normas constitucionais, embora não o diga expressamente, dirimindo os conflitos submetidos a seu julgamento. Faz o que pode.

Sobre a questão da competência não se pode deixar de registrar o pensamento do Prof. Miguel Reale, autor do Projeto do Código Civil de 2002, que põe o pingão nos “is”, ao proclamar:

“...Essa matéria não é de Direito Civil, mas sim de Direito Constitucional, porque a Constituição criou a união estável entre um homem e uma mulher. De maneira que para cunhar-se aquilo que estão querendo – a união estável entre homossexuais – em primeiro lugar seria preciso mudar a Constituição” (O Projeto do Novo Código Civil, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 14).

Se a *mens legis* do instituto da união estável foi exposta com precisão científica pelos notáveis juristas mencionados, como duvidar de suas assertivas? Como entender que casamento e união estável são a mesma coisa? Como se tirar a ilação que a matéria não tem feição constitucional, o que pré-exclui o exame pelo Órgão Supremo a quem caberia, portanto, dizer a última palavra!

Tantos anos passados, e não temos ainda um norte a seguir nessa questão de família tão relevante.

Engano meu, agora temos! No momento em que essas considerações estavam se “fechando” aconteceu um fato superveniente auspicioso. O ministro Celso de Mello, do STF, relator da ADI nº 3.300 MC/DF, determinou por decisão de 3-2-2006, o arquivamento da ação em que se discutia o tema das uniões estáveis entre parceiros do mesmo sexo, embora reconhecesse que se tratava de “relevante questão constitucional”, assinalando ainda que o STF poderá apreciar

a questão em novo processo. Uma questão formal impediu o exame.

As entidades autoras da ação queriam a declaração da inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.278/96, que ao regular o § 3º do art. 226 da Constituição, reconheceu, unicamente, 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”.

Só que a norma legal em questão, segundo o ministro Celso de Mello, resultou derogada em face da superveniência do novo Código Civil, cujo art. 1.723, ao disciplinar o tema da união estável, reproduziu, em seus aspectos essenciais, o mesmo conteúdo normativo no art. 1º da Lei nº 9.278/96.

Assinalou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não admitir, em sede de fiscalização normativa abstrata, o exame de constitucionalidade de uma norma constitucional originária, como o é aquela inscrita no § 3º do art. 226 da Constituição.

Embora a ação fosse arquivada, revela o relator em sua decisão, aspectos interessantes que hão de influenciar a questão de mérito, ao asseverar:

“Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental

– cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem relevado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais”.

Uma vez definida, embora implicitamente, a competência constitucional para o caso (união estável entre homossexuais), remanesce a dúvida sobre os heterossexuais. Quem irá julgá-los?

“UM DESCONFORTO, PARA OS OPERADORES DO DIREITO QUANDO CHAMADOS A SE PRONUNCIAR; AFINAL, A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO É CONSTITUCIONAL OU NÃO? E O QUE É MAIS TORMENTOSO: QUEM IRÁ JULGAR A MATÉRIA?”