

As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação

Roger Raupp RIOS*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Tendências na compreensão do conceito jurídico de família e as uniões homossexuais; 2. Fundamentos para a consideração das uniões entre pessoas do mesmo sexo no direito de família; 3. A Constituição de 1988 e as uniões entre pessoas do mesmo sexo; 4. A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 132 e reconhecimento como comunidade familiar das uniões de pessoas do mesmo sexo: perspectivas e tensões; 5. Conclusão: O reconhecimento das uniões homossexuais como comunidades familiares: adaptar-se ao direito de família ou transformá-lo?

RESUMO: Este artigo analisa as tendências quanto à qualificação jurídica das uniões de pessoas do mesmo sexo, considerando os paradigmas institucionais, fusionais, contratualistas e pós-modernos, indicados pela sociologia do direito de família. Neste contexto, aborda o debate constitucional e as perspectivas e tensões presentes no julgamento da ADPF 132 pelo STF. Aponta para o limite de compreensões onde, ao invés da transformação do direito de família, no reconhecimento destas uniões acaba prevalecendo uma postura de adaptação assimilacionista e conservadora.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Uniões homoafetivas. 2. Direito de família. 3. Direito constitucional.

ABSTRACT: This paper analyzes the legal trends on the process of the formal recognition of same sex couples, taking into account the contribution of the Sociology of Family Law. In such context, it deals with the constitutional debate and some issues raised by the Brazilian Federal Supreme Court (Supremo Tribunal Federal, ADPF 132). It highlights the conservative and assimilationist way in which the legal recognition of the same sex couples has been done.

KEYWORDS: 1. Same-sex unions. 2. Family law. 3. Constitutional law.

Introdução

Uma das questões mais disputadas no debate envolvendo as uniões entre pessoas do mesmo sexo é sua caracterização jurídica como comunidade familiar. Este trabalho tem por objetivo refletir sobre as implicações da eleição das categorias jurídicas acionadas para este reconhecimento (casamento, união estável ou uma nova modalidade de comunidade

* O autor é Juiz Federal, Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS (roger.raupp.rios@gmail.com)

familiar) e suas conseqüências para tais uniões e para o próprio direito de família. Para tanto, é necessário examinar, além das tendências que marcam a evolução do conceito jurídico de família e dos fundamentos normativos que fundamentam a consideração de tais uniões no ordenamento jurídico, a resposta constitucional a este tema diante do texto promulgado em 1988. Por fim, analisa-se sucintamente os principais tópicos presentes na decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou como união estável as uniões de pessoas do mesmo sexo.

1. Tendências na compreensão do conceito jurídico de família e as uniões homossexuais

Como escrevi alhures¹, Valerio Poncar e Paola Ronfani² historicam a existência, no Ocidente, de duas grandes tradições jurídicas formadoras da concepção de família. Enquanto que na Europa continental a compreensão jurídica da família radica-se na codificação napoleônica, o direito da *Common Law* construiu seu modelo a partir da assim chamada “família vitoriana”. Enfatizarei a tradição continental, não obstante refira a discussão no âmbito da *Common Law*, tendo em vista a extensão do debate sobre o conceito jurídico de família e a união de pessoas do mesmo sexo.

O primeiro aspecto a ser salientado em uma exposição da concepção de família no código civil napoleônico é a relação entre a configuração jurídica da família e o modelo de Estado³. Entre estes há estreita conexão, assinalando-se à família uma relevância política e a função de formação dos futuros cidadãos e proprietários. Tratava-se de fundar a ordem pública sobre a ordem privada, a ordem social sobre a ordem doméstica, a grande pátria sobre a pequena. Neste contexto, devem ser salientados o reforço drástico do poder marital, a supremacia absoluta da família legítima, a condição jurídica submissa da mulher e a criminalização do adultério feminino. Além disso, a hierarquia familiar repousava em uma disciplina machista do pátrio poder, reforçada por seu controle público. Este “poder-dever” orientava-se para a consecução de fins públicos, daí a possibilidade de intervenção estatal quando inadequadamente desempenhado. Esta configuração, marcadamente individualista, representou um modelo de regulação jurídica da família forjado de cima

¹ Ver Roger Raupp RIOS, *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, cap. 4.

² *La famiglia e il diritto*, Roma: Editori Laterza, 1998.

³ Valho-me, nesta exposição, de PONCAR e RONFANI (acima citados, capítulos I, II e III da Primeira Parte).

para baixo, alicerçado na concepção do cidadão-proprietário, em ruptura com o particularismo jurídico que caracterizava a França.⁴

Assim regulada, a família era entendida como um complexo de indivíduos hierarquicamente ordenados, formando uma “teoria institucional”⁵ da família e do matrimônio, “*nel senso del diritto pubblico perché va al di là dell’autonomia delle volontà individuali in vista di uno scopo superiore: il bene della famiglia e, attraverso questo, l’ordine sociale*”⁶. Dentre os traços característicos deste modelo institucional, devem ser salientados a percepção da família como uma entidade fechada, a ser considerada em si mesma, permanente no tempo independente da mutação de seus componentes individuais, voltada para a consecução de objetivos econômicos e afetivos internos e para a realização de finalidades externas e superiores, relacionadas com a manutenção e o progresso da sociedade. Neste modelo hierárquico, onde os indivíduos são concebidos numa “regulação piramidal complexa” e assimétrica, sem a previsão da paridade de direitos entre os cônjuges, delineou-se uma estrutura familiar de tipo forte e autoritário, prevalecendo as relações de hierarquia sobre as de autonomia. Aqui não causa qualquer surpresa a negativa absoluta de consideração da união de pessoas de mesmo sexo no âmbito do direito de família. De fato, num contexto político e ideológico onde os gêneros estão rigidamente definidos e orientados para necessidades de produção e para o fortalecimento de certos padrões morais confirmatórios desta cosmovisão, não há espaço para a aceitação de qualquer espécie de relacionamento destoante do padrão da família institucional.

As causas deste fenômeno são de muitas ordens, ultrapassando os limites deste estudo. Segundo David Greenberg⁷, com a ascensão das economias de mercado e o acirramento da competição entre os agentes econômicos, o ideal de eficiência gerou uma valorização da poupança e da economia em detrimento do consumo e do gasto, donde a busca do autocontrole e da disciplina, quadro geral de austeridade reprovador de todo excesso,

⁴ Ver Giovanni TARELLO, *Storia della Cultura Giuridica moderna*. Bologna: Mulino, 1976, p. 28.

⁵ Milton C. REGAN, ao estudar a evolução do conceito de intimidade no direito de família anglo-saxão, demonstra a prevalência, também nesta tradição jurídica, da regulação institucional da família (*Family Law and the Pursuit of Intimacy*, New York: NYU Press, 1993, p. 6).

⁶ Ver M. T. MEULDERS-KLEIN, *Individualisme et communautarisme: l’individu, la famille et l’état en Europe occidentale*, citado por V. PONCAR e P. RONFANI (nota 2), p. 9.

⁷ Ver David GREENBERG, *The Construction of Homosexuality*, Chicago: The University of Chicago Press, 1990, p. 347-368.

especialmente sexual; daí, portanto, a proibição das práticas homossexuais e a emergência da literatura antimasturbação e da condenação à prostituição.⁸

Neste contexto, não há espaço para as uniões de pessoas do mesmo sexo, uma vez que elas contrariam a lógica informadora da família enquanto figura jurídica. Esta contradição não se limita aos rumos da economia e de suas necessidades; a homossexualidade atinge e confronta também ditames religiosos dominantes⁹ e informadores da legislação civil. Nas palavras de Michel Foucault¹⁰,

Até o final do século XVIII, - três grandes códigos explícitos - além das regularidades devidas aos costumes e das pressões de opinião - regiam as práticas sexuais: o direito canônico, a pastoral cristã e a lei civil. Eles fixavam, cada qual à sua maneira, a linha divisória entre o lícito e o ilícito. Todos estavam centrados nas relações matrimoniais: o dever conjugal, a capacidade de desempenhá-lo, a forma pela qual era cumprido, as exigências e as violências que o acompanhavam, as carícias inúteis ou indevidas às quais servia de pretexto, sua fecundidade ou a maneira empregada para torná-lo estéril, os momentos em que era solicitado (períodos perigosos da gravidez e da amamentação, tempos proibidos da quaresma ou das abstinências), sua frequência ou raridade: era sobretudo isso que estava saturado de prescrições. O sexo dos cônjuges era sobrecarregado de regras e recomendações. A relação matrimonial era o foco mais intenso das constringências; era sobretudo dela que se falava; mais do que qualquer outra tinha que ser confessada em detalhes. Estava sobre estreita vigilância: se estivesse em falta, isso tinha que ser mostrado e demonstrado diante de testemunha. O 'resto' permanecia muito mais confuso: atentemos para a incerteza do *status* da 'sodomia' ou a indiferença diante da sexualidade das crianças.

Se a concepção jurídica tradicional do conceito de família não continha espaço para a consideração das uniões de pessoas do mesmo sexo, abrem-se novas perspectivas a partir

⁸ Relacionando a condenação dos excessos e a virtude da austeridade com os fatores religiosos presentes no desenvolvimento do capitalismo, ver Max WEBER, *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*, 5. ed., São Paulo: Pioneira, 1987, especialmente p. 110-132.

⁹ Neste sentido, ver Richard POSNER, *Sex and Reason*, Cambridge: Harvard University Press, 1992, especialmente o capítulo 2 - A História dos Costumes Ocidentais.

da segunda metade do século XX, dadas as transformações desde então verificadas. De fato, o modelo de família institucional declina na segunda metade do século XX: diversas inovações legislativas, refletindo as profundas mudanças na dinâmica familiar nestes tempos¹¹, foram paulatinamente enfraquecendo o modelo institucional hierárquico e patriarcal. Dentre estas, merecem destaque a nova compreensão do divórcio e a igualdade de direitos entre os cônjuges. Primeiramente, observou-se a instauração de um tipo de relação familiar que privilegiava a satisfação afetiva conjunta dos cônjuges, informado pelas aspirações de intimidade e reciprocidade no seio familiar – é o advento da “família fusional”. A partir da década de oitenta, esta configuração se altera mais ainda, caminhando para a “família pós-moderna”, que se caracteriza pela valorização da individualidade de cada um dos seus membros sobre a comunidade familiar. Segundo F. Singly, “o que muda é o fato de que as relações sejam menos valorizadas por si mesmas e mais pelas gratificações que devem trazer a cada um dos componentes da família. Hoje, a ‘família feliz’ atrai menos, o que conta é ser feliz por si mesmo”.¹²

A percepção destas mudanças é essencial para a adequada concretização do direito de família contemporâneo. Tais transformações provocaram, no ordenamento jurídico brasileiro¹³, quando da promulgação da Constituição da República de 1988, a inserção de diversas normas a respeito da família, formando todo um capítulo na Ordem Social constitucional. Nele, é de registrar, primeiramente, a superação da visão que subordinava a dinâmica familiar à consecução de determinados fins sociais e estatais, estabelecidos no interior de uma única e determinada cosmovisão estatal. De fato, desde o reconhecimento da dignidade constitucional de outras formas de vida comum diversas da tradicional família legítima¹⁴, até a igualdade de direitos e de deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal, o regime jurídico da família constitucionalmente vigente rompe com o paradigma institucional. Este aspecto é muito importante, uma vez que em virtude desta nova disciplina constitucional pode-se conferir ao ordenamento jurídico a abertura e a mobilidade que a dinâmica social lhe exige, sem a fixidez de um modelo único que

¹⁰ *História da Sexualidade I: a vontade de saber*, 7. ed., Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988, p. 38.

¹¹ Ver Anthony GIDDENS, *A Transformação da Intimidade – sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*, São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

¹² F. de SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, citado por V. PONCAR e P. RONFANI (nota 3, p. 54).

¹³ Ver, para uma história do direito de família brasileiro, Silvio RODRIGUES, *Breve Histórico sobre o Direito de Família nos últimos 100 anos*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, nº 88, jan./dez., 1993.

¹⁴ Conforme o artigo 226, também são reconhecidas como entidade familiar a união estável entre homem e mulher (§ 3º), bem como a comunidade monoparental (§ 4º).

desconheça a pluralidade de estilos de vida e de crenças e o pluralismo que caracterizam nossos dias.¹⁵

Nesta linha, a atualização do direito de família aponta, para além do paradigma da família institucional, o reconhecimento dos novos valores e das novas formas de convívio constituintes das concretas formações familiares contemporâneas, que alcançam não só a citada “família fusional” mas também a “família pós-moderna”. Neste sentido, aliás, poder-se-ia melhor explorar e refletir a respeito do § 8º do artigo 226 da Constituição de 1988, onde fica clara a relevância e a autonomia de cada indivíduo participante da comunidade familiar, sem se adotar uma visão “institucional” ou “fusional” da família.¹⁶

Diante deste quadro, no qual somam-se a emergência de novas dinâmicas familiares e um ordenamento jurídico constitucional aberto (que acolhe, dentre outros elementos, o pluralismo no direito de família), quais os rumos do debate sobre o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo?

2. Fundamentos para a consideração das uniões entre pessoas do mesmo sexo no direito de família

O debate sobre a pertinência das uniões entre pessoas do mesmo sexo ao direito de família tem como premissa a especificidade e a diferença entre estas uniões e aquelas tradicionalmente reconhecidas pela legislação civil (principalmente o casamento e a união estável, que são as mais importantes figuras reconhecidas pelo direito brasileiro). Outra premissa que informa este debate é, conforme a opinião esposada pela doutrina familista simpática às uniões homossexuais e pela corrente majoritária do movimento GLBT, a insuficiência do mero reconhecimento jurídico obrigacional, vale dizer, a limitação de tais uniões como associações meramente econômicas¹⁷, sem conferir relevância ao elemento afetivo, que diferencia a união estável constitucionalmente protegida, pertinente ao direito de família, da sociedade de fato, prevista no direito obrigacional.¹⁸

¹⁵ Ver, a respeito desta preocupação na interpretação do direito de família na Constituição, Roger Raupp RIOS, Direitos humanos, homossexualidade e uniões homossexuais. In: Denise D. Dora e Domingos D. da Silveira (orgs.) *Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos*. Porto Alegre: Themis, 1998.

¹⁶ Diz o dispositivo: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

¹⁷ Registre-se, todavia, que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 148.897-MG, decidiu pelo enquadramento das uniões de pessoas de mesmo sexo sob a configuração jurídica de sociedade de fato.

¹⁸ Ver Clóvis do COUTO E SILVA, Direito Patrimonial de família no projeto de Código Civil Brasileiro e no direito português. *Revista dos Tribunais*, ano 68, vol. 520, fevereiro de 1979, p. 14.

Como visto, o direito de família caminha cada vez mais em direção ao reconhecimento da natureza familiar de relações humanas, estáveis e duradouras, fundadas na sexualidade e no afeto, com a intenção de estabelecer-se uma plena comunhão de vida. Aí a tendência que fez adentrar no texto constitucional a enumeração das comunidades familiares acima mencionada. Neste rumo, foram superados antigos dogmas relativos às finalidades reprodutivas destas comunidades, antes apresentadas como condições necessárias para o reconhecimento da entidade familiar; também foram ultrapassadas exigências formais, antes satisfeitas unicamente pela celebração do casamento civil ou religioso. As chamadas “uniões homossexuais”, onde vínculos afetivos e sexuais constroem uma comunhão de vida estável e durável, enquadrar-se-iam, portanto, nestas notas distintivas requeridas pela regulação jurídica da família estampada na Constituição de 1988. Diante do perfil destas relações, postula-se o seu enquadramento no âmbito do direito de família; como apontou Luiz Edson Fachin, no direito de família a afetividade sobrepuja a patrimonialidade¹⁹. Para ilustrar a diferença radical produzida pelas abordagens ora discutidas (do direito de família ou do direito obrigacional), basta imaginar as diferentes repercussões jurídicas de uma sociedade de fato e de uma união estável nas situações de internação hospitalar: enquanto a relação obrigacional limita substancialmente o “parceiro de negócios” nas visitas e no acompanhamento hospitalar, o “companheiro em união estável” ocupa posição diametralmente oposta em tal circunstância.

Com efeito, pode-se afirmar que, assim como nas uniões heterossexuais, o estabelecimento de relações homossexuais, fundadas no afeto e na sexualidade, de forma livre e autônoma, diz respeito à proteção da dignidade humana. Outro exemplo poderá deixar mais clara a defesa do estatuto jurídico familiar para as uniões homossexuais²⁰. Para tanto, valho-me das reflexões de Hannah Arendt a respeito da proibição legal de casamentos inter-raciais até bem pouco presente no ordenamento jurídico estadunidense. Segundo Hannah Arendt, “o direito de esposar quem se deseja é um direito elementar do homem”²¹, perante o qual discriminações raciais no âmbito escolar ou comercial revelam-se “questões menores”. A propósito, Celso Lafer²² salientou os prejuízos à dignidade humana quando o

¹⁹ Ver Luiz Edson FACHIN, Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: Vicente Barreto (org.), *A Nova Família: problemas e perspectivas*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

²⁰ Ver Didier ERIBON a respeito da discriminação de homossexuais quanto ao direito de contrair núpcias, expostas em anexo à obra *Réflexions sur la question gay*, Paris: Fayard, 1999.

²¹ Hannah ARENDT, *Réflexions sur Little Rock*, citado por D. ERIBON (nota 21), p. 490.

²² Ver Celso LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 266-268.

ordenamento jurídico não protege a esfera de vida íntima dos indivíduos, desprezando o princípio da exclusividade, que rege esta esfera, trazendo exatamente a reflexão de Hannah Arendt sobre a proibição dos casamentos mistos, pois tal restrição afeta diretamente a intimidade, onde as escolhas afetivas devem competir somente ao indivíduo. Como visto, a negativa deste *status* familiar às uniões homossexuais acaba de modo efetivo fragilizando a intimidade, na medida em que sua privação, de forma indireta mas muito concreta, dificulta gravemente a construção de uma relação afetiva e o seu desenvolvimento²³. Todo este raciocínio revela, cabalmente, o quanto o princípio constitucional da igualdade fica violado pela exclusão da igual proteção pelo direito das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Concorrem, ainda, para o reconhecimento familiar das uniões homossexuais o princípio da sociabilidade e o respeito ao pluralismo, elementos da concepção contemporânea de Estado Democrático de Direito intimamente relacionados com a proteção da dignidade humana. Com efeito, a compreensão contemporânea do Estado Democrático de Direito requer não só a ausência de invasões ilegítimas das esferas individuais; ela reclama a promoção positiva da liberdade, destinada a criar as condições de desenvolvimento da liberdade e da personalidade.²⁴

Outro valor constitucional que informa e resguarda a proteção da dignidade humana e a relaciona com o caráter familiar das uniões homossexuais é o pluralismo²⁵. Com efeito, o respeito ao pluralismo é condição necessária para a preservação da dignidade humana e para o desenvolvimento pessoal, na medida em que sem o respeito às diferenças individuais desaparece a possibilidade da construção de um mundo onde haja espaço para a subjetividade e a constituição das identidades pessoais²⁶. Relacionando sociabilidade e pluralismo, verifica-se que a intimidade requer não só o direito negativo de estar só, mas também a possibilidade de estabelecer espaços de privacidade e condições sociais para o exercício das escolhas pessoais que estabelecem e mantêm relações sexuais e afetivas.

²³ Ver HARVARD LAW REVIEW, *Sexual Orientation and the Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 96.

²⁴ Ver Jorge Reis NOVAIS, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*: do Estado de Direito liberal ao Estado Social e democrático de Direito. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 1987, p. 210-212.

²⁵ Ver Nicolas PÉREZ-CANOVAS, *Homosexualité et unions homosexuelles dans le droit espagnol*, in Daniel BORRILLO (org.), *Homosexualités et droit* – de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique. Paris: Presses Universitaires de France, 1999, p. 236.

²⁶ Ver Morris B. KAPLAN, *Sexual Justice: Democratic Citizenship and the Politics of Desire*, London: Routledge, 1997, p. 154.

Aliás, Laurence Tribe salienta que a autonomia individual sexual e o respeito ao desenvolvimento da personalidade é de particular importância para gays e lésbicas, uma vez que a expressão de suas vidas e a vivência de suas uniões é constantemente ameaçada, desafiando-os constantemente na tarefa da afirmação pessoal.²⁷ Neste contexto, alerta o constitucionalista norte-americano, sentimentos disseminados de anormalidade não podem fornecer justificativa constitucional para a exclusão destas uniões do âmbito de proteção jurídica. Esta observação se aplica em muitos domínios, especialmente quando são invocadas concepções religiosas para fundamentar tal exclusão. De fato, tendo em vista a laicidade que caracteriza o Estado Democrático de Direito, não há como fazer prevalecer no direito estatal convicções religiosas²⁸ sobre o reconhecimento de direitos a homossexuais, que nesta condição constituem um grupo socialmente discriminado, sem relação necessária com a possibilidade de sua inserção positiva na comunidade maior.

Em suma, inúmeros fundamentos, de ordem constitucional, apontam para a consideração das relações entre pessoas do mesmo sexo no âmbito do direito de família. Este reconhecimento, inclusive, já foi manifestado de forma expressa em decisão do Supremo Tribunal Federal. Ao rejeitar, por razões puramente procedimentais, ação constitucional discutindo o tema, o Ministro Celso de Mello registrou que, neste debate, estão em jogo 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”.²⁹

Estes fundamentos, de modo explícito ou implícito, têm orientado alguns diplomas legislativos e precedentes judiciais que reconhecem uniões entre pessoas do mesmo sexo. Não tendo a pretensão nem o objetivo de inventariar legislação e jurisprudência de modo exaustivo, mas sim de contribuir para a reflexão das tendências gerais, fundamentos e implicações deste reconhecimento, desenvolvo, nas seções seguintes, a análise do enquadramento constitucional no direito de família de tais uniões e algumas de suas implicações.

3. A Constituição de 1988 e as uniões entre pessoas do mesmo sexo

²⁷ Ver Laurence TRIBE, *American Constitutional Law*, 2nd ed., Mineola: The Foundation Press, 1988, p. 1.434.

²⁸ Esta situação dominou o cenário jurídico nacional desde as Ordenações Filipinas até a promulgação do Código Criminal do Império, em 1830.

Na Constituição brasileira de 1988, a regulação constitucional da família contempla explicitamente três espécies de família: a família derivada do casamento, a família decorrente da união estável e a família monoparental. Diante desta previsão, problematiza-se a possibilidade do reconhecimento das uniões homossexuais, uma vez que ausente qualquer referência expressa. Praticamente sem nenhuma exceção, a pesquisa sobre as uniões homossexuais no direito de família conduz à pergunta a respeito da qualificação destas uniões em uma das três espécies familiares dispostas no texto constitucional; não se considera, por exemplo, a hipótese da configuração de uma outra espécie de comunidade familiar, ainda que não prevista explicitamente.³⁰

A primeira questão a ser enfrentada, antes do exame da compatibilidade das uniões homossexuais às espécies de comunidades familiares expressamente enumeradas pela Constituição, é precisamente o caráter desta enumeração. Com efeito, alguns juristas³¹ sustentam que a Constituição, ao enumerar tais e quais espécies de comunidade familiar, não admite o reconhecimento de outras comunidades familiares. A interpretação da Constituição, em face deste problema, todavia, deve ser conduzida de outro modo. Na verdade, colocar o problema nestes termos em nada colabora para sua elucidação, na medida em que perquirir da natureza taxativa ou enumerativa das comunidades familiares previstas no texto constitucional seria concebê-lo de acordo com o dogma da completude³², isto é, com a ideia de que a Constituição já tenha definido de antemão a resposta para o problema. No entanto, na interpretação constitucional a premissa é outra: a Constituição se caracteriza por sua abertura e amplitude, não se propondo de antemão “à pretensão de ausência de lacunas ou até de unidade sistemática”.³³

Nesta linha, interpretação constitucional é, em primeiro lugar, concretização. Vale dizer, “exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco deve ser

²⁹ Supremo Tribunal Federal, ADI 3300/MC – DF, DJU 09.02.2006.

³⁰ Frise-se que o reconhecimento judicial de outras comunidades familiares, não previstas explicitamente no texto constitucional, não é nenhuma novidade no direito brasileiro. Ver, por exemplo, no Superior Tribunal de Justiça os Recursos Especiais nº 159.851/SP (Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar), nº 205.170/SP (Relator Min. Gilson Dipp), nº 57.606/MG (Rel. Min. Fontes de Alencar), nº 182.223/SP (Rel. Min. Vicente Cernicchiaro) e nº 226.101/CE (Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

³¹ Ver, por exemplo, o parecer elaborado por Sérgio Ferraz diante do projeto de lei nº 1.151/1995, que trata dos efeitos jurídicos das uniões de pessoas do mesmo sexo (Boletim OAB Urgente, ano I, nº 56, 1996).

³² Ver, sobre o dogma da completude como atributo do ordenamento jurídico, relacionado intimamente com o absolutismo jurídico inspirador da codificação, Norberto BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4ª ed., 1994, p. 119-122.

³³ Ver Konrad HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: SAF, 1998, p. 61-70.

determinado sob a inclusão da ‘realidade’ a ser ordenada”³⁴. Desse modo, a interpretação constitucional possui uma nota criadora, pois o conteúdo da norma objeto de interpretação só pode ser concluído pela interpretação – tudo sem abandonar-se a vinculação à norma. Para tanto, assinala o jurista alemão, é necessário o “entendimento” da norma a ser concretizada, num proceder essencialmente ligado à (pré) compreensão do intérprete e ao problema concreto. Não se pode imaginar, assim, uma compreensão distanciada da existência histórica, concretamente situada, a partir da qual são determinados os conteúdos de pensamento e determinados seu saber e seu (pré) juízo.

Assim, a unidade de sentido produz-se como resultado de um processo de aproximação que tem como ponto de partida a (pré)compreensão, a qual, diante da situação concreta, formula um anteprojecto que se coloca ao início do exame do problema. A partir da confirmação, correção e revisão desse anteprojecto que se chegará à aludida unidade de sentido. A decisão acerca do conteúdo normativo, nesse processo, exsurge mediante o relacionar da norma com vista ao problema concreto; cuida-se de um procedimento que não é resultante de uma aplicação posterior de algo antecipadamente entendido e só a seguir “aplicado” a um certo fato. Nas palavras do próprio Konrad Hesse, “não existe interpretação constitucional independente de problemas concretos”³⁵. A proteção contra preconceitos e juízos equivocados, ainda que arraigados no senso comum, obtém-se aqui mediante o tornar conscientes e fundamentadas tais antecipações e conclusões. Esta proteção, como se sabe, é tanto mais necessária quanto maiores e mais intensos os preconceitos e os estereótipos negativos dirigidos contra um grupo ou indivíduo. Quando o assunto é homossexualidade, portanto, nunca será demasiado este cuidado, tendo em vista a intensidade dos preconceitos e dos estereótipos que envolvem o tema.

Assim colocada a hermenêutica constitucional, definem as bases para a consideração das uniões homossexuais no direito constitucional de família. Ao invés de se procurar no respectivo capítulo da Ordem Social que trata da família um rol exemplificativo ou taxativo de espécies de comunidades familiares, importa perguntar-se quais os princípios diretivos ali presentes, cuja concretização poderá fornecer uma resposta para o problema ora estudado. Este é o procedimento para o exame das uniões homossexuais diante de cada uma das espécies de comunidade familiar enumeradas no texto constitucional, notadamente do casamento e da união estável.

³⁴ Ver K. HESSE (nota 34), p. 61.

4. A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 132 e reconhecimento como comunidade familiar das uniões de pessoas do mesmo sexo: perspectivas e tensões

Os argumentos trazidos à discussão pelos Ministros que participaram do julgamento, ainda que unânime quanto à qualificação jurídica das uniões homossexuais como uniões estáveis, revelam múltiplas facetas, cujo conteúdo faz refletir sobre o desenvolvimento dos direitos sexuais, tanto com relação à sua consolidação, quanto às tensões e os desafios que estes enfrentam.

Nesta seção, apresentam-se algumas destas perspectivas e tensões, objetivando, sem qualquer intenção de diminuir a importância histórica e jurídica da decisão, aprofundar a reflexão. Trata-se de um esforço necessário, não só em prol da consolidação dogmática do “direito da sexualidade”, como também diante das reações políticas e passionais deflagradas pelo julgamento (por exemplo, a agressividade contra o STF presente na “Marcha por Jesus”, realizada no ano de 2011, na capital paulista).

Inicia-se esta análise pelas perspectivas trazidas pela argumentação contida no julgamento, tendo em vista a afirmação dos direitos sexuais entre nós. Ponto central, a merecer intenso destaque, é a relação entre os direitos fundamentais e a sexualidade. Foi assentada, de modo muito claro e direto, a pertinência da sexualidade ao âmbito dos direitos fundamentais. Este raciocínio pode ser salientado, pelo menos, por duas vias: a ênfase na relação entre o direito de liberdade e a liberdade sexual e o dever de proteção constitucional, derivado dos direitos fundamentais, à discriminação por orientação sexual. Com efeito, o voto do relator é preciso e enfático na relação entre o direito geral de liberdade e o direito fundamental de liberdade sexual. Mais ainda: ele aponta como diversos desdobramentos da liberdade constitucional promovem a proteção do exercício igual deste direito por todos, sem depender de orientação sexual. Neste sentido, pode-se entender a concretização, colocada no voto do relator, da liberdade sexual em outras esferas, tais como direito à intimidade sexual e o direito à privacidade sexual.

Outro tópico notável foi a compreensão da proibição de discriminação por motivo de sexo. Conforme desenvolveu o tribunal, tal norma de direito fundamental abarca a proibição de

³⁵ Ver K. HESSE, (nota 34), p. 62.

discriminação em função da “preferência sexual” (registre-se que, noutros momentos, fez-se alusão às expressões “opção sexual” e “orientação sexual”). Foi explicitada a existência de um direito constitucional à isonomia também entre heterossexuais e homossexuais. Mesmo que a compreensão da proteção antidiscriminatória por motivo de sexo não tenha alcançado, neste julgamento, as hipóteses de identidade de gênero (transexualidade e travestilidade), não há dúvida de que o tribunal formulou, de modo claro e expreso, a abrangência do conceito constitucional de “sexo” para as hipóteses de discriminação por orientação sexual.

A par desta abordagem, o julgamento também salienta o dever estatal, decorrente do conteúdo dos direitos fundamentais, de prover o exercício destes direitos com medidas de proteção. Foi mencionado que a inexistência de qualquer instituto jurídico, na hipótese, produz uma situação em que não há proteção minimamente adequada em face da discriminação. Trata-se, neste contexto, de uma verdadeira obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças e à liberdade de orientação. A ausência da proteção estatal, consubstanciada no reconhecimento jurídico familiar das uniões homossexuais, configura, portanto, violação de direito fundamental à proteção.

Outro aspecto digno de nota é a afirmação da laicidade como princípio a reger a conduta estatal diante da discriminação por orientação sexual. Ela impede que concepções morais religiosas particulares detenham o Estado em seu dever de proteção aos direitos fundamentais, como acontece no direito à liberdade de orientação sexual.

A relação com o respeito à dignidade humana também foi registrada. Com fundamento neste dispositivo constitucional, salientou-se o respeito devido aos diversos projetos de vida por parte do Estado em relação aos indivíduos, o que fica prejudicado quando se trata do não reconhecimento da forma jurídica familiar em virtude de preconceito por orientação sexual.

A invocação da categoria dos direitos de reconhecimento constitui outro aspecto de relevância no julgado. Com efeito, inscrever o respeito à autonomia individual, ao livre desenvolvimento da personalidade e à diversidade de projetos de vida como uma questão de justiça simbólica, dá concretude à ideia de dever de respeito à dignidade humana.

Por fim, destaco a afirmação clara acerca do direito à igual proteção por parte do direito, de que são titulares os homossexuais, não podendo o Estado adotar medidas que provoquem a exclusão deste grupo. De forma explícita, o tribunal assentou a censura constitucional à discriminação contra homossexuais, incluindo, deste modo, de forma expressa, a homofobia como uma das manifestações discriminatórias constitucionalmente vedadas.

Ao lado destas perspectivas para o desenvolvimento dos direitos sexuais, há que se registrar também pontos de tensão para o desenvolvimento dos direitos sexuais. Sem adentrar na análise minuciosa de tais aspectos em face de vários argumentos trazidos à tona durante o julgamento, concentro-me nas consequências e riscos decorrentes da moldura jurídica em que a controvérsia foi apresentada ao tribunal, qual seja, o direito de família.

A circunstância de se tratar de um caso de direito constitucional de família, por si só, faz necessária a ênfase em certos conteúdos próprios do direito de família, cuja presença desafia de modo particular a consolidação dos direitos sexuais. Isto porque a amplitude dos direitos sexuais vai muito além das questões abordadas pelo direito de família.

Com efeito, direitos sexuais dizem respeito à concretização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais na esfera da sexualidade, cujo âmbito não se confunde nem se limita àquele peculiar à realidade dos agrupamentos familiares. Se é verdade que alguns direitos sexuais podem fundamentar a pertinência das uniões homossexuais ao conceito jurídico familiar de união estável (como fez o STF a partir da liberdade sexual), também o é que esta relação nem sempre será adequada e corretamente compreendida quando o que está em jogo é o conteúdo jurídico do direito sexual invocado.

Tome-se a liberdade sexual como demonstração emblemática desta tensão e dos riscos que ela encerra para a afirmação dos direitos sexuais. O conteúdo jurídico da liberdade sexual vai muito além da possibilidade de manter vida familiar com pessoa do mesmo sexo e receber proteção adequada, por parte do Estado, para a vivência desta espécie de relação conjugal. O direito de liberdade sexual inclui esferas da intimidade (note-se que o Ministro relator foi explícito no ponto, nele incluindo o “solitário desfrute”, ilustrado pelo onanismo), que independem da conjugalidade familiar; inclui a busca do prazer sem qualquer projeto de conjugalidade afetiva; inclui a prestação de serviços sexuais a título

oneroso; inclui a prática sexual simultânea com mais de um parceiro ou parceira; inclui também práticas sexuais consideradas não-convencionais, como o sadomasoquismo, por exemplo.

Em virtude desta moldura limitadora de direito de família a partir da qual, por razões de técnica processual, se desenrolou o julgamento, corre-se o risco de, numa leitura mais apressada ou conservadora, condicionar-se a compreensão do conteúdo jurídico dos direitos sexuais à convivência familiar.

O risco deste viés conservador, longe de ser mera especulação teórica, pode se cristalizar numa tendência que designo de assimilacionismo familista. Esta tendência se caracteriza pela conjugação de duas ideologias: o assimilacionismo (onde membros de grupos subordinados ou tidos como inferiores adotam padrões oriundos de grupos dominantes, em seu próprio detrimento) e o familismo (aqui entendido como tendência a subordinar o reconhecimento de direitos sexuais à adaptação a padrões familiares e conjugais institucionalizados pela heterossexualidade compulsória).

No campo da diversidade sexual, o assimilacionismo se manifesta por meio da legitimação da homossexualidade mediante a reprodução, afora o requisito da oposição de sexos, de modelos aprovados pela heteronormatividade. Vale dizer, a homossexualidade é aceita desde que nada acrescente ou questione os padrões heterossexuais hegemônicos, desde que anule qualquer pretensão de originalidade, transformação ou subversão do padrão heteronormativo. Nesta dinâmica, a estes arquétipos são associados atributos positivos, cuja reprodução se espera por parte de homossexuais, condição *sine qua non* para sua aceitação.

No assimilacionismo familista, a dimensão mais palatável, e cuja adaptação mais facilmente pode ocorrer, verifica-se nas relações familiares, dada a predominância, na dogmática contemporânea do direito de família, das realidades existenciais em detrimento do formalismo nos vínculos jurídicos, diretriz antes predominante. Neste contexto, a identificação do “afeto” como fator distintivo dos relacionamentos e identificador dos vínculos familiares, cumpre função anestésica e acomodadora da diversidade sexual às normas da heterossexualidade compulsória, na medida em que propõe a “aceitação” da homossexualidade sem qualquer questionamento mais intenso dos padrões sexuais hegemônicos. Isto porque a “afetividade” acaba funcionando como justificativa para a

aceitação de dissonâncias à norma heterossexual, servindo como um mecanismo de anulação, por compensação, de práticas e preferências sexuais heterodoxas, cujo desvalor fica contrabalanceado pela “pureza dos sentimentos”. Desta forma, opera-se uma assimilação ao mesmo padrão que se buscava enfrentar, produzindo a partir daí um novo rol de exclusões.

Não obstante a afirmação nos diversos votos que instruíram o julgamento, por vezes rigorosa e contínua, da pertinência da liberdade sexual e do respeito à orientação sexual no âmbito dos direitos fundamentais, é impossível não perceber os riscos inerentes à exaltação do afeto e à sublimação da sexualidade.

Neste sentido, sem deixar de reconhecer as intenções antidiscriminatórias presentes na cunhagem do termo, não é por acaso que se disseminou o uso do termo “homoafetividade”. Trata-se de expressão familista que muito dificilmente pode ser apartada de conteúdos conservadores e discriminatórios, por nutrir-se da lógica assimilacionista, sem o que a “purificação” da sexualidade reprovada pela heterossexualidade compulsória compromete-se gravemente, tudo com sérios prejuízos aos direitos sexuais e à valorização mais consistente da diversidade sexual.

Registre-se, por fim, que, em sua manifestação mais direta, este discurso tangencia o conservadorismo, na medida em que a orientação sexual necessita ser “higienizada” de conteúdos negativos (promiscuidade e falta de seriedade) que, a *contrario sensu* da hegemonia heterossexual, se associam à homossexualidade.

Os riscos inerentes a perspectiva fraca dos direitos sexuais tem relação direta com o contexto jurídico em que proferido o julgamento. Eles se colocam pelo modo como os operadores jurídicos, acadêmicos e a sociedade em geral receberão as conclusões do julgado, mais do que dos termos em que expressos os diversos votos, ainda que, em alguns deles, esta tensão se apresente.

A breve e recente história dos direitos sexuais no Brasil revela a recorrência ao direito de família como fundamentação para o reconhecimento de direitos de homossexuais, fenômeno que designo como “familismo jurídico”. Não é difícil perceber que, em muitos casos, o sucesso de demandas relativas à orientação sexual valeu-se de argumentos de direito de família, o que se manifesta de modo cristalino pela extensão do debate jurídico -

nos tribunais e naqueles que se dedicam a estudar direitos sexuais - acerca da qualificação das conjugalidades homoeróticas. Ao discutir-se sobre a figura jurídica adequada a essas uniões, é comum associar-se de modo necessário o reconhecimento da dignidade e dos direitos dos envolvidos à assimilação de sua conduta e de sua personalidade ao paradigma familiar tradicional heterossexual. É o que sugere, por exemplo, a leitura de precedentes judiciais que deferem direitos ao argumento de que, afora a igualdade dos sexos, os partícipes da relação reproduzem em tudo a vivência dos casais heterossexuais - postura nitidamente nutrida na lógica assimilacionista.

No assimilacionismo, o reconhecimento dos direitos depende da satisfação de predicados como comportamento adequado, aprovação social, reprodução de uma ideologia familista, fidelidade conjugal como valor imprescindível e reiteração de papéis definidos de gênero. Daí, inclusive, a dificuldade de lidar com temas como prostituição, travestilidades, liberdade sexual, sadomasoquismo e pornografia.

Como acima dito, a formulação de expressões, ainda que bem intencionadas, como “homoafetividade”, revela uma tentativa de adequação à norma que pode revelar uma subordinação dos princípios de liberdade, igualdade e não discriminação, centrais para o desenvolvimento dos direitos sexuais a uma lógica assimilacionista, o que produziria um efeito contrário, revelando-se também discriminatória, pois, na prática, distingue uma condição sexual “normal”, palatável e “natural” de outra assimilável e tolerável, desde que bem comportada e “higienizada”. A sexualidade heterossexual não só é tomada como referência para nomear o indivíduo “naturalmente” detentor de direitos (o heterossexual, que nunca necessitou ser heteroafetivo para ter direitos reconhecidos), enquanto a sexualidade do homossexual é expurgada pela “afetividade”, numa espécie de efeito mata-borrão.

As razões da recorrência aos conceitos mais tradicionais no campo do direito de família podem ser buscadas na fragilidade dos princípios da autonomia individual, da dignidade humana e da privacidade que caracterizam nossa cultura. Com efeito, fora da comunidade familiar, onde o sujeito é compreendido mais como membro do que como indivíduo, mais como parte, meio e função do que como fim em si mesmo, não haveria espaço para o exercício de uma sexualidade indigna e de categoria inferior.

Nesta linha, podem ser compreendidos a tensão, do ponto de vista dos direitos sexuais, decorrente da inclusão das uniões homossexuais como novas espécies de comunidades familiares, diversas das uniões estáveis, em virtude da analogia.

A analogia é uma forma de raciocínio que parte da consagração da regulação de determinadas hipóteses, consideradas como parâmetro, e da diversidade destas hipóteses com outras, excepcionais, que estão fora do âmbito da normalidade do parâmetro consagrado. Diante da lacuna, a analogia identifica, ainda que se trate de situações diversas, semelhanças relevantes, justificadoras da aplicação do mesmo tratamento normativo conferido à hipótese paradigmática para a hipótese excepcional.

A aplicação deste raciocínio, reservando às “uniões homoafetivas” uma espécie de regulação da exceção pela submissão ao paradigma heterossexual, acaba por contrariar a ideia de diversidade sexual. Com efeito, na perspectiva da diversidade sexual, que informa a ideia de direitos sexuais, as diversas manifestações sexuais são tomadas em pé de igualdade, o que não se compatibiliza com as premissas do procedimento analógico empregado.

5. Conclusão: O reconhecimento das uniões homossexuais como comunidades familiares: adaptar-se ao direito de família ou transformá-lo?

Do exposto até aqui, fica constatada a tendência contemporânea de enquadramento das uniões homossexuais no âmbito do direito de família. Diante desta realidade, muitas questões se colocam. Dentre elas, trago à reflexão algumas considerações, em virtude da necessidade de aprofundamento, pela doutrina jurídica e jurisprudência, pelos indivíduos e pelo movimento social, das implicações desta dinâmica. Tais preocupações giram ao redor do modo pelo qual as uniões entre pessoas do mesmo sexo inserem-se nas tendências do direito de família, que transita desde um modelo institucional e hierárquico até um modelo pós-moderno, passando pelo modelo fusional de família; também deve-se refletir sobre a modalidade de comunidade familiar que melhor se aproxima da realidade das uniões entre pessoas do mesmo sexo, notadamente as figuras do casamento e da união estável. Tendo presente estas reflexões, finalizarei apontando para as virtudes e potencialidades da inclusão das uniões entre pessoas do mesmo sexo como uma modalidade de comunidade familiar diversa e original diante do casamento e da união estável.

Com efeito, é necessário refletir sobre o lugar das uniões entre pessoas do mesmo sexo no contexto das tendências reguladoras do direito de família desde o Código napoleônico. Como visto na primeira parte deste trabalho, dentre as configurações jurídicas da família sucederam-se três modelos: a família hierárquica, a família fusional e, nos dias atuais, a família pós-moderna. Uma mirada rápida e esquemática revela, a grosso modo, o predomínio, em cada um destes modelos, de atributos dominantes. Na família hierárquica: forte institucionalização, diminuto (quase inexistente) grau de autonomia dos membros da família diante de papéis social e juridicamente definidos, função patrimonial evidente e hierarquização das relações interpessoais; na família fusional: predomínio da institucionalidade, relativo grau de autonomia dos indivíduos – especialmente cônjuges – na definição dos papéis sociais e jurídicos, repercussões patrimoniais pressupostas e valorização do bem-estar do grupo em detrimento dos indivíduos; na família pós-moderna: a institucionalização cede espaço para a autonomia, pelos partícipes do grupo familiar, no desenho do regime de direitos e deveres, envolvimento e repercussão patrimonial entre os membros do grupo, valorização da relevância e autonomia individual diante do grupo familiar.

Nessa linha, as figuras jurídicas que exemplificam estas tendências são, respectivamente, o casamento, a união estável e os pactos civis de solidariedade. Quanto a esta consideração, pretendo contribuir chamando a atenção para o perigo de as uniões entre pessoas do mesmo sexo, contagiadas por um certo romantismo um tanto ingênuo, deixarem-se subsumir num modelo fusional, cujas consequências deixam praticamente intocados e absorvem arranjos machistas e heterossexistas que costumam apresentar-se nas uniões estáveis; tudo sem esquecer do caráter patrimonial que caracteriza a prática dos indivíduos envolvidos nestas relações, caráter este referendado e estimulado pela legislação e jurisprudência das uniões estáveis. Outro aspecto relacionado ao modo de inclusão nestas tendências é o risco de uma inclusão de terceira classe, onde, abaixo do casamento (de primeira classe, com sua heterossexualidade pressuposta e inquestionada) e da união estável “normal” (de segunda classe, que é heterossexual), surgiria uma terceira classe (a união homossexual). Além disso, não é difícil identificar, subjacente a este movimento, a consequência de proceder uma certa “naturalização do modelo de família heterossexual pequeno-burguês”, procedendo a uma “domesticação heterossexista” de todas as formas de sexualidade diversas deste modelo (daí a enorme dificuldade diante de travestis,

transgêneros, sadomasoquistas, profissionais do sexo e, de um modo geral, da liberdade sexual).

De outro lado, parece-me que as propostas dos pactos de solidariedade podem tentar afastar ou minorar estas implicações. Com efeito, trata-se de legislação que estabelece liberdade, independente de orientação sexual, para parceiros auto-determinarem a dinâmica de suas vidas afetivas e sexuais, fornecendo-lhes um instrumento pelo qual o valor de tal união é reconhecido e respeitado juridicamente. Além da vantagem de assegurar proteção e reconhecimento estatal para a união, um pacto de solidariedade assim delineado evita a estigmatização decorrente de uma “regulação da exceção”, como ocorre com as propostas originais da parceria civil registrada brasileira ou, de certo modo, com a inclusão das uniões homossexuais na categoria das “uniões estáveis” no direito brasileiro, na medida em que esta categoria, por mais comum que seja, esta prevista, como dito, como uma espécie de “casamento de segunda classe”, como se pode facilmente inferir da redação da Constituição brasileira de 1988.

Dada a novidade do pacto civil de solidariedade diante das configurações já tradicionais do direito de família (casamento e união estável), é preciso registrar que o impacto das experiências legislativas concretas envolvendo pactos de solidariedade no âmbito do direito de família é experiência contemporânea muito atual e, portanto, longe de conclusão e balanço definitivos. Independente do debate sobre um ou outro caso concreto (por exemplo, sobre este impacto no direito francês³⁶), minha intenção aqui é demonstrar a possibilidade real de avanços na concretização jurídica (legal e jurisprudencial) de novas modalidades de comunidade familiar, além das figuras do casamento e da união estável.

O caminho percorrido ao longo deste artigo aponta que apresentam-se às uniões entre pessoas do mesmo sexo, diante da regulação jurídica familista, ao menos duas alternativas: deixar-se assimilar (com o risco da aceitação mediante a anulação do universo de possibilidades de novos arranjos interpessoais, além do patrimonialismo, da generificação das relações sociais e de moralismos hegemônicos) ou cumprir a função de transformação, pelo acréscimo de novas alternativas e fundamentos, ao conhecimento e à prática do direito de família.

³⁶Assinalo, dentre a extensa literatura existente em torno do PACS francês, Gerard Bach-Ignasse, *Familles et homosexualités*, in Daniel Borrillo (org.), *Homosexualités et droit*. Paris: PUF, 1998.

Sem depender da sujeição aos tradicionais esquemas de casamento, união estável ou de concubinato, tais relações podem trazer as notas distintivas do fenômeno humano captado pelo direito de família. Sua concretização, iniciada pela jurisprudência, reclama a adequada intervenção legislativa, criadora de um regime jurídico familiar peculiar. Diante destas uniões, mais que repetir os esquemas tradicionais dos modelos institucionais de família, hoje em constante tensão com o idealismo ingênuo da “família fusional” ou com o risco da reprodução da família institucional, abre-se a possibilidade de transformar o direito de família.

Até que ponto estão a prática e a compreensão da doutrina familista e da jurisprudência, bem como dos indivíduos e dos movimentos homossexuais preparados para tanto é questão que só será respondida historicamente. Nesta tarefa, todos precisamos, como diz Pierre Bourdieu, “reconstruir a história do trabalho histórico de des-historicização”³⁷, vale dizer, tomar consciência das concepções que forjaram historicamente os tradicionais modelos de casamento e de união estável. Só a superação destas bases construirá as condições para um efetivo desenvolvimento do direito de família, abrindo caminhos para as múltiplas possibilidades da existência humana, levada a cabo individual e coletivamente.

Como citar: RIOS, Roger Raupp. As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/as-unioes-homossexuais-e-a-familia-homoafetiva/>>. Data de acesso.

³⁷ Ver Pierre BOURDIEU, *A dominação masculina*, trad. Maria Helena Kühner, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 100.