

AS PESSOAS LGBTs NO DIREITO DE FAMÍLIA

Renata Souza Quirino

Universidade Federal de Sergipe - UFS
rsq_017@hotmail.com

Resumo: O Direito das Famílias é o ramo do direito civil que mais se modifica, se desenvolve e progride, quando se trata da garantia de direitos fundamentais. A Constituição de 1988 teve um papel de extrema importância para o desenvolvimento de um Direito das Famílias mais inclusivo, além das históricas decisões dos tribunais superiores e jurisprudências sobre união estável, filiação socioafetiva e multiparentalidade. Este artigo se propõe a analisar brevemente os institutos e as mudanças que ocorreram no Direito das Famílias e qual é o tratamento destinado às pessoas LGBTs.

Palavras-chave: Direito Civil, Direito das Famílias, família, LGBTfobia.

INTRODUÇÃO

As relações familiares são intrinsecamente complexas, o que torna quase impossível para o direito acompanhar suas mudanças no decorrer dos anos, principalmente quando as regras e normas são criadas por pessoas que possuem visões restritas do mundo e têm a pretensão declarada de marginalizar aqueles que diferem deles. Entretanto, aos poucos os grupos que foram historicamente marginalizados estão sendo incluídos através de decisões históricas que estão mudando a face do Direito das Famílias, ao lado das mudanças promovidas pela Constituição de 1988.

Uma das principais e mais importantes mudanças neste ramo do Direito foi o princípio da afetividade. Enquanto nas outras matérias de Civil o princípio fundamental é a autonomia da vontade, no direito das famílias o que está em destaque é o afeto. A lei Maria da Penha de maneira inovadora e harmoniosa essa nova doutrina, conceitua família como “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa” no art. 5º. Antes disto, não havia a definição de família pois a família só era reconhecida através das chancelas estatais, através do casamento (DIAS, 2016). A família, então, perde aos poucos seu caráter de instituição e ganha um novo caráter instrumental, em que ela não tem um fim em si mesma, mas funciona para alcançar em conjunto a felicidade, a proteção, o afeto e os melhores interesses de quem faz parte.

A Constituição de 88 mudou de maneira significativa a família. Se antes a família só se constituía pelo casamento, após a constituição foram reconhecidas outras maneiras de se

formar uma entidade familiar. A união estável tornou-se uma realidade, as famílias monoparentais, além de outros formatos familiares, já que o rol é meramente exemplificativo, cabendo proteção do Estado a todos os tipos de família, conforme o caput do art. 226 e isto inclui as famílias e as pessoas LGBTs.

O objetivo deste artigo é analisar qual é o tratamento destinados às pessoas LGBTs dentro do direito de família, visto se tratar de uma comunidade historicamente marginalizada e excluída.

METODOLOGIA

Para o estudo do presente tema foi feito levantamento bibliográfico dos autores consagrados no ramo do Direito das Famílias, como Maria Berenice Dias e Flávio Tartuce, além de pensadores da área como a historiadora e psicanalista francesa, Elisabeth Roudinesco. A partir dos conceitos teóricos que serão abordados ao longo deste artigo, foi questionado a participação e a realidade da comunidade LGBT dentro do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito em que supostamente vivemos. Além das doutrinas, foi feito o levantamento de dados sobre essa população e utilizado, também, o documentário “Paris is Burning”, pois se faz necessário ouvir não só os estudiosos e acadêmicos da área, mas, principalmente, a voz daqueles que sofrem a opressão na pele e foram historicamente calados e marginalizados. Por fim, serão utilizadas jurisprudências, de modo que a realidade dos tribunais em relação a estes assuntos seja conhecida e analisada.

DISCUSSÃO

Institutos do Direito das Famílias

Antes de adentrar na questão das pessoas LGBTs no Direito das Famílias é preciso, primeiro, visitar os institutos referentes ao casamento, parentalidade e filiação para compreender as raízes deste e ramo profundas modificações por quais ele passou.

Parentalidade

O socioafeto tem permeado as relações no Direito das Famílias, sendo muito mais importante do que o vínculo sanguíneo, de forma que isto tem modificado de maneira significativa a feição das famílias brasileiras, que gradualmente perde seu caráter patriarcal,

tradicional, formado por um casal heterossexual e pelos filhos. O que importa agora não é compartilhar genes, mas sim o afeto, a vontade de proteger, formar e compartilhar um projeto de vida em comum entre os membros da família.

A constituição Federal foi de extrema importância para essa mudança no direito das Famílias ao aumentar o conceito de entidade familiar e não permitir distinção entre filhos, a partir disto foi consolidado uma visão mais plural das famílias e a desbiologização das relações de parentesco e filiação. O Código Civil também contribuiu com esta visão ao regular a reprodução assistida e, também, ao se referir a “outras origens” no art. 1593. Também corrobora para esta visão o art. 1605, inciso II, que diz que basta a posse do estado de filho para provar filiação nos casos em que falta ou há defeitos no termo de nascimento. As relações socioafetivas gozam justamente desta posse de estado de filiação, não podendo mais ser descartadas ou marginalizadas pelo simples fato de não haver ligação sanguínea. Estas mudanças foram essenciais para acompanhar as complexidades das famílias que sempre foram além do conceito pai-mãe-filhos e todo o contexto patriarcal e sexista que as envolvem.

A relação de parentesco, podem ser definidas como os vínculos que decorrem da consanguinidade e da afinidade que ligam as pessoas a grupos familiares determinados. É um vínculo jurídico estabelecido por lei que impõe deveres, assegura direitos, reflete no direito sucessório, nos alimentos e nos impedimentos ao casamento. As relações de afinidade surgem através do casamento ou da união estável, que torna os parentes de um cônjuge ou companheiro parente do outro cônjuge ou companheiro por afinidade. Outra modalidade do parentesco civil, além da afinidade, é o parentesco socioafetivo, baseado na posse de estado de filho, como será abordado posteriormente.

Filiação

A filiação era vista como um dos propósitos dos matrimônios. As pessoas se casavam pelo simples fato de que procriar era um dever, conforme pregava as religiões que por muito tempo formaram o pensamento dominante. Hoje em dia a filiação não resulta apenas do contato sexual dentro do casamento, também existe a possibilidade da adoção, da reprodução assistida e outras origens (art. 1.593 do Código Civil), o que também alargou as possibilidades de filiação, mostrando que a biologia não figura como condição única para a filiação. Agora, a paternidade deriva do estado de filiação, seja ele de origem biológica ou afetiva, não o contrário e se faz necessário que toda

paternidade seja necessariamente socioafetiva. De forma que as presunções de paternidade se tornaram um conceito ultrapassado, visto que, quando o fator biológico importar, ele pode ser facilmente aferido por um exame de DNA. As jurisprudências reforçando a supremacia do afeto sob a biologia são cada vez mais frequentes. O pai deixa de ser apenas o esposo da mãe, até porque a paternidade não acontece apenas dentro desta lógica. Em outras palavras, “a paternidade não é só um ato físico, mas, principalmente, um fato de opção, extrapolando os aspectos meramente biológicos, para adentrar com força e veemência na área afetiva” (DELINSKI, 1995).

O vínculo de filiação e a posse do estado de filho se dá através da convivência e da afetividade entre as partes, não por um critério puramente biológico, conforme já foi dito neste texto. Segundo Maria Berenice Dias (2016), “A filiação socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse do estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços de afeto.”

A doutrina cita três critérios para caracterizar a posse do estado de filiação: a) tractatus: quando as pessoas se relacionam entre si mesmo e perante a sociedade como pais e filhos; b) nominatio: quando a pessoa é conhecida pelo nome patronímico, não só no registro, mas também nas suas interações sociais (nome social); c) reputatio: é a repercussão do tractatus e o reconhecimento da situação que se concretiza socialmente (TARTUCE, 2016).

O assunto também foi tratado nas Jornadas de Direito Civil. Na III Jornada de Direito Civil (2004), o Enunciado n. 256: “A posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”. Na IV Jornada de Direito Civil, de 2006, foram aprovados três enunciados doutrinários relativos ao tema. O primeiro, de número 339, prevê que “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”. O segundo, de número 341, dispõe: “Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”. Por fim, foi aprovado o Enunciado n. 336 do CJF/STJ: “O parágrafo único do art. 1.584 aplica-se também aos filhos advindos de qualquer forma de família”.

Multiparentalidade

São inúmeras as formas que as novas parentalidades podem assumir, a multiparentalidade é uma delas. Pode ocorrer no caso das famílias homoafetivas, que não

querem perder o laço com o pai ou mãe biológica, no caso de relacionamentos poliafetivos, no caso de madrastas ou padrastos adotarem os enteados e enteadas. São inúmeras possibilidades que vem se tornando realidade no mundo jurídico através das decisões judiciais que asseguram o melhor interesse da criança e enfatizam o caráter socioafetivo das relações familiares, para além da biologia.

As pessoas LGBTs no Direito das Famílias

Historicamente a população LGBT foi uma população marginalizada. A parte da sociedade, da família e do direito. O princípio da socioafetividade tão estudado no Direito das Famílias, por muitas vezes é um fator desconhecido nas relações familiares das pessoas LGBTs. Tudo que lhes resta é a rejeição, o ódio, a humilhação e a expulsão da entidade familiar, fruto do machismo e da homofobia enraizada na nossa sociedade.

Entretanto, essa comunidade resiste todas as dificuldades que lhes são impostas. Resiste ao abandono da família, nos anos 80 resistiu ao fantasma da AIDS que matou muitos e ainda assombra e estigmatiza esta mesma comunidade, resiste a falta de políticas públicas que se importem com sua saúde e proteção de suas vidas. A unidade dentro desta comunidade é o que permite esta resistência. A comunidade LGBT é como uma grande família recomposta, que acha o socioafeto fora da sua família natural.

É tradicional que entre a comunidade *queer* (“desviante”), principalmente a comunidade drag, que se formem “casas”. Cada casa possui a cabeça da família, a matriarca ou patriarca - ou talvez nenhum dos dois, já que as pessoas que performam drag são fluidas demais para serem enquadradas em um papel de gênero. A *drag mother* (drag-mãe), que é quem acolhe as pessoas mais jovem e as formam na arte, também acolhe no sentido literal, de proteção, carinho e cuidado. Se as pessoas *queer* são negadas da convivência e afeto familiar, na comunidade LGBT elas são adotadas tardiamente por uma nova família de maneira completamente informal, mas extremamente importante no quesito socioafetivo. É possível observar toda essa cultura e tradição no documentário premiado pelo Festival Sundance "Paris is Burning", lançado em 1991. Ele retrata a cultura *queer*, toda a sua tradição, as casas, os bailes, a celebração, a luta e a resistência. Paris is Burning se tornou legendário ao denunciar o racismo, a LGBTfobia e as desigualdades sociais nos Estados Unidos.

Pepper LaBeija, da legendária casa LaBeija, tem uma opinião sobre a importância das casas e da união da comunidade LGBT:

Quando alguém é rejeitado pelos pais, pela família, quando sai pelo mundo, a pessoa procura por alguém para preencher o vazio. Sei por experiência própria, pelos garotos que me procuram e se agarram a mim como se eu fosse a mãe ou o pai deles. Porque eles podem falar comigo, porque eu sou gay e eles são gays. É aí que entra esse lance do baile e da mãe. Porque os pais pegaram tanto nos pés deles que me procuram para preencher aquele vazio. Muitos garotos que conheço agora tem um passado tão triste, lares desfeitos ou sem lares. Os poucos com família, quando sabe que são gays, cortam relações com eles. [...] A casa é uma família para muitas crianças que não tem uma, mas esse é um novo sentido de família. Os hippies tiveram famílias e ninguém achava ruim. Não era uma questão de homem, mulher e filhos que cresceram como uma família. É um grupo de seres humanos com vínculos comuns. (Paris is Burning, 1991)

A comunidade LGBT funciona como uma grande família recomposta porque o socioafeto que rege os laços da família natural parece ser inexistente quando desta população. O número de pessoas desta comunidade em condição de rua é alarmante por conta da expulsão dos lares, fruto do machismo e da LGBTfobia. É preocupante constatar que estes números estão aumentando a cada ano, não só no panorama nacional, mas também no internacional.

A Secretaria de Assistência e Desenvolvimento Social (SMADS) do estado de São Paulo, pela primeira vez adicionou a variável sexualidade e identidade de gênero ao fazer o censo da população em situação de rua em 2015. O estudo aponta que a principal fator de exclusão da população LGBT é a família. Estima-se que essa população representa entre 4,5% e 10,1% dos que estão nos centros de acolhimento e nas ruas, entre 5,4% e 9,0%. Na amostra, 106 pessoas se identificaram como não sendo heterossexual (51 entre os acolhidos e 55 na rua). O Estudo constata, também, que a população LGBT nestas condições exerce mais mendicância e atividades marginalizadas, como prostituição, venda de drogas e roubos, do que os heterossexuais em situação de rua.

Sergipe, felizmente, acompanha o processo de proteção a essa comunidade criando o projeto “CasAmor”, inspirado na “Casa 1” de São Paulo, para abrigar as pessoas LGBTs em situação de vulnerabilidade. Através de uma série de colaborações entre artistas, psicólogos, arquitetos, designers, advogados e militantes do movimento feminista e LGBT o projeto “CasAmor” tornou-se realidade e vem abrigando e oferecendo suporte para os membros desta comunidade que estão em situação de vulnerabilidade. O projeto foi pensado por Linda Brasil, militante transfeminista e um dos maiores símbolos de luta e resistência LGBT em Sergipe.

Apesar da grande exclusão desta comunidade do seio familiar, esta não é a única realidade. Ao longo da história, acreditava-se que as pessoas que desviam do padrão heteronormativo tinham o desejo de abolir a família enquanto instituição, pois ela abominava as práticas homoafetivas. Entretanto, nos tempos modernos foi redescoberto um familiarismo, um desejo de ser integradas às entidades familiares que outrora as excluía. Esse processo acontece por conta da maior igualdade de direitos em matéria de práticas sexuais, tanto para as pessoas LGBTs, quanto para as mulheres, quanto para as crianças. A emancipação desses grupos oprimidos fez nascer dentro deles o desejo de integração a uma norma que costumava ser fonte de opressão (ROUDINESCO, 2003).

Dessa forma, a população LGBT tem provocado grande mudança na feição da família brasileira em diversos aspectos. Primeiramente, ela conquistou o direito de se unir estavelmente e, conseqüentemente, o direito de se casar, através da histórica Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Além desta A.D.I., o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 175 vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. A partir dessas mudanças, foi validado que os casais homoafetivos formam entidades familiares, podendo igualmente adotar ou utilizar as práticas de reprodução assistida. Neste sentido, o Conselho Nacional de Justiça, através do Provimento nº 52, em 2016, uniformizou o modelo de certidão de nascimento para que constasse apenas ascendência, não mais haverá distinção de gênero, permitindo que casais homoafetivos registrem os filhos frutos de reprodução assistida diretamente no cartório do registro civil.

Por conta desses novos modelos de família e de reprodução, é preciso reconhecer os casos em que há mais de um pai e uma mãe. A multiparentalidade é hoje uma realidade das famílias brasileiras. Entretanto, ela é uma realidade fática e não jurídica. Não há, ainda hoje,

previsão legal que regule os casos de multiparentalidade, entretanto, segundo os ensinamentos de Maria Berenice (2017, p. 216), “a falta de expressa permissão legal de inclusão do nome de mais pais no registro de nascimento não pode ser óbice para que se assegure a proteção integral a quem tem garantido constitucionalmente o direito à convivência familiar”. Desta forma, a jurisprudência está na vanguarda da proteção dos direitos das famílias homoafetivas e multiparentais. Em tese fixada na Repercussão Geral nº 622, o STF reconhece que “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”¹. Dessa forma, há o reconhecimento não só da paternidade socioafetiva, como da possibilidade de multiparentalidade.

CONCLUSÃO

A constituição de 1988 teve um papel de extrema importância para a reestruturação de um Direito de Família menos patriarcal e mais plural e, conseqüentemente, o tornou o Direito das Famílias – a monoparental, anaparental, nuclear etc. Entretanto, falhou ao se omitir a respeito da diversidade de sexualidade e de gênero. Apesar de não haver previsão no ordenamento jurídico brasileiro, continua sendo uma realidade e a cada dia que passa as demandas se amontoam nos tribunais para que eles julguem situação fáticas que inexistem no plano jurídico. Os tribunais superiores pátrios vêm assumindo uma importante posição de garantidor dos direitos fundamentais dessas novas famílias, através das jurisprudências, das ações diretas de inconstitucionalidade, das ações de descumprimento de preceito fundamental. Eles tomam para si o papel que deveria ser feito pelos legisladores brasileiros, mas que estes, ao agir, em vez de garantir os direitos e princípios da pluralidade, igualdade e isonomia, querem cada vez mais restringir o conceito de família. O Projeto de Lei 6583/13, que quer instituir o Estatuto da Família, é um bom exemplo de como o nosso poder legislativo anda na contramão dos direitos humanos, apresentando um conceito de família extremamente excludente e às avessas das decisões dos tribunais.

Apesar da omissão jurídica, as uniões estáveis e os casamentos entre pessoas do mesmo gênero são uma realidade hoje no Brasil. Assim como a adoção e a reprodução assistida também são, de forma que o registro público teve que acompanhar essas mudanças. É preciso, então, evoluir para que as pessoas LGBTs tenham seus direitos garantidos não por decisões esparsas, mas, sim, através da regulamentação no ordenamento jurídico, porque lhes

¹ RE 898060

é constitucionalmente assegurado a igualdade, a isonomia, a convivência familiar, assim como todos os direitos assegurados a uma pessoa heterossexual. É de se salutar a iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito de Família ao propor um Estatuto da Família amplo e inclusivo, através do Projeto de Lei 470/13, além do Anteprojeto do Estatuto de Diversidade de Sexualidade e Gênero. Ambos são iniciativas importantes para proteger, garantir direitos e iniciar debates sobre a LGBTfobia que permeia nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

DELINSKI, Julie Cristine. O novo direito de filiação. São Paulo: Dialética, 1995.

DIAS, Maria Berenice. Filhos do Afeto. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2017.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume único. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PARIS is Burning. Jennie Livingston. New York: Off White, 1991.

PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. Pesquisa censitária da população em situação de rua, caracterização socioeconômica da população adulta em situação de rua e relatório temático de identificação das necessidades desta população na cidade de São Paulo. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/assistencia_social/censo/SUMARIO%20EXECUTIVO.pdf>. Acesso em: 13/03/2018.

ROUDINESCO, Elisabeth. A família em desordem; tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.