

União clandestina, união homossexual – efeitos patrimoniais

MÓNICA CRISTINA MOREIRA PINTO (*)

“Época triste é a nossa em que é mais difícil quebrar um preconceito do que um átomo”

(EINSTEIN, 1879-1955)

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. UNIÕES HOMOSSEXUAIS
 - 2.1. DE QUEM FALAMOS?
 - 2.2. LIGEIRO PANORAMA DA QUESTÃO
 - 2.3. O CASAMENTO
 - 2.4. OS PRECEDENTES
 - 2.5. O DIREITO
3. UNIÕES CLANDESTINAS
4. CONCLUSÃO

1. Introdução

Romeu e Julieta ... O protótipo do amor perfeito!

Mas o arrastar dos anos trouxe à balha pares diversos, diferentes dos convencionais, mas pares!

Vivem como se casados fossem, ameamham patrimônio e, algumas vezes, ainda que por adoção unilateral, desempenham as funções de pais e mães.

“Casais” esdrúxulos que provocam na sociedade — jurídica ou não — as mais diversas reações.

Pensamos que, inobstante as reações que tais pares provoquem em nossas mentes convencionais, nossas consciências jurídicas haverão de dedicar-lhes algumas horas de nossos dias e filosofar sobre estas realidades, para alguns tão incômodas.

A discussão que se trava diante do aparecimento e recrudescência dos casais homossexuais é, invariavelmente, fulcrada na moralidade, imoralidade ou amoralidade de suas uniões. Parece-nos assistir ao renascimento de todas as teorias que envolviam as uniões concubinárias nos nossos tempos de escola.

Verificamos, entretanto, que a Constituição Federal de 1988 dissipou eventuais questões controvertidas a propósito das uniões concubinárias, dando-lhes foros de família, e nos confessamos curiosos do futuro. O que dirá a Constituição Federal de 2018 sobre as uniões homossexuais?

O que se vê, atualmente, entretanto, é que tais uniões são uma realidade e que os integrantes do grotesco par estão a reclamar, cada vez mais do Direito, um posicionamento sobre questões que surgem da sua convivência.

Parece-nos, assim, que o melhor caminho para os cultores do Direito é deixar de lado as posições preconcebidas e analisar tais uniões exclusivamente sobre o prisma jurídico.

Nossa proposta é a de analisar a divisão de patrimônio nos casos de dissolução de uniões entre pessoas do mesmo sexo e uniões clandestinas, afirmando que tal partilha não oferece qualquer dificuldade, sendo juridicamente possível no âmbito do Direito das Obrigações.

2. *Uniões homossexuais*

Mas, afinal,

2.1 *De quem falamos?*

Conceituando o homossexualismo como *"perversão sexual que leva os indivíduos a sentirem-se atraídos por outros do mesmo sexo, com repulsa absoluta ou relativa para os de sexo oposto"*, HÉLIO GOMES os ordena em seis classes, conforme as causas que levaram tais pessoas a um relacionamento não-convencional, sejam elas de origem física, psíquica ou comportamental. Apesar disto, a Organização Mundial de Saúde, no início do ano de 1993, decidiu retirar o homossexualismo da categoria de transtornos mentais. Isto equivale a dizer que não pode mais a diferença ser tratada como doença.

Há esclarecer que não nos referimos em nossos estudos às pessoas de sexo dúbio, ou seja, aquelas vítimas de anormalidades na evolução dos órgãos sexuais durante a vida intra-uterina, que constituir-se-ão, mais tarde,

nos pseudo-hermafroditas. A situação desses interessa ao Direito Civil no que se refere ao erro essencial quanto à pessoa do cônjuge, contido no art. 219, III, do Estatuto Substantivo.

Falamos de indivíduos capazes, produtivos, aparentemente normais, aceitos socialmente, que, por causas que não nos compete perquirir, optaram por unir-se a seres do mesmo sexo.

2.2 *Ligeiro panorama da questão*

A aceitação das uniões homossexuais está intimamente ligada à evolução — ou involução, conforme queiram — dos costumes.

Nos Estados Unidos da América, apesar da extensa propaganda externa, a sodomia é proibida por lei em vinte e quatro unidades da Federação. Entretanto, nos demais Estados, algumas modificações comportamentais em relação aos homossexuais vêm se verificando. Assim, em Nova York, os funcionários da Prefeitura podem estender o benefício da assistência médica a seus companheiros do mesmo sexo; grandes empresas proíbem a discriminação com base na orientação sexual de seus funcionários; estudantes de Massachusetts obtiveram, por lei, direitos iguais aos dos heterossexuais, que corresponderiam, na prática, a levar namorados do mesmo sexo a bailes da escola, formar associações e clubes e participar de competições internas; asilo político já foi concedido pelos Estados Unidos da América ao brasileiro MARCELO TENÓRIO, que afirmou estar sendo perseguido em sua pátria natal por ser *gay*; dois deputados assumiram, no Congresso Americano, suas condições homossexuais.

Recentes pesquisas indicaram, nos Estados Unidos, que vem aumentando gradativamente a tolerância às uniões entre pessoas do mesmo sexo e o repúdio à sua discriminação.

Na Holanda e Dinamarca, outro é o panorama que se descortina, pois o casamento entre homossexuais é consentido, facultando-se-lhes a adoção de crianças.

No Brasil, qualquer discriminação — seja ela de que ordem for — é proibida, mas tal vedação carece de sanção, o que torna o impedimento quase que inócua no que se refere à discriminação sexual. Especificamente com relação à homossexualidade, os Estados de Sergipe e Mato Grosso e mais oitenta cidades do País fizeram inserir em suas legislações a “livre orientação sexual”.

Pesquisa aqui realizada pelo IBOPE, no mês de maio de 1994, no entanto, dá conta de que, em relação aos homossexuais, existe um “quadro de mal-estar”. Ousamos acrescentar que os números indicam não só o incômodo, mas a aberta discriminação dessa minoria. Aliás, o termo minoria deve ser

tomado como mera referência, pois, dada a intolerância social a tal estado, a estatística de sua ocorrência praticamente inexistente e quando existe é mascarada pela discrição dos que não querem assumir opção sexual tão rejeitada e combatida.

O geriatra e sexólogo argentino, ARNALDO DOMINGUEZ, com base em enquête realizada em 1991, em São Paulo, chegou a afirmar que "*a homossexualidade continua maldita*", o que verificou diante das expressivas cifras encontradas dentre aqueles que condenam a homossexualidade ou classificam a bissexualidade como anormalidade.

Não é demais, no entanto, nunca perder de vista a observação de FREUD, que considerou: "*Até hoje nunca fiz a psicanálise de um único homem ou de uma única mulher, sem ter de levar em consideração uma corrente muito ponderável de homossexualidade*".

2.3 O casamento

O casamento entre pessoas do mesmo sexo, por ora, é afastado por observações como:

"Dentre esses impedimentos legais, vejamos alguns:

"Sexo: é lógico que indivíduos do mesmo sexo não podem casar, salvo se já houver uma espécie de "Cocinelle" pura; no entanto, na Alemanha, que teve a pretensão de ser uma raça superior, um magistrado (ULRICH), em 1865, defendeu a tese de casamento para homossexuais." (BENEDITO SOARES DE CAMARGO JÚNIOR)

Ainda:

"O casamento, como é óbvio, só pode ser contraído por pessoas do sexo oposto. Visa, essencialmente, à constituição da família, base do equilíbrio social, e à prole, meio natural para a perpetuação da espécie." (CLÓVIS MEIRA)

Apesar da assertiva acima, acrescenta o autor, à guisa de explicação:

“Mas não é de hoje que certos setores da sociedade propugnam pela permissibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, ainda que antinatural. Os dois pontos fundamentais — a família e os filhos — não podem ser alcançados. A família, ainda poder-se-ia admitir que fosse parcialmente constituída, permitindo que duas pessoas do mesmo sexo vivessem como marido e mulher, coabitando o mesmo teto e o mesmo leito, contraindo direitos e obrigações mútuas, sem a reprovação da sociedade ou censura da moral social.”

As entidades religiosas resistem, no entanto, estoicamente, a tal ocorrência.

Em recente entrevista concedida ao Jornal *A Gazeta*, de Vitória, Estado do Espírito Santo, o Bispo Auxiliar desta Arquidiocese, Dom João Braz de Aviz considerou:

“Igreja simplesmente não aceita. Não é um casamento. O problema do homossexualismo deve ser tratado com muito carinho. É um problema realmente difícil, não são pessoas que devem ser discriminadas, mas a Igreja não vai aceitar nunca. Não pode haver amor no sentido genital, entre pessoas do mesmo sexo. Uma amizade profunda, sim. Um relacionamento íntimo como marido e mulher ou namorado, é diferente.”

O posicionamento do religioso é muito importante, malgrado fale sobre assuntos que ignora na prática, como “amor genital” e relacionamento íntimo como marido e mulher ou namorado. E é verdadeiramente importante porque nos dá a exata dimensão da resistência das correntes religiosas à solução jurídica dos problemas surgidos nas mencionadas relações e nos leva a analisar as origens de nossos próprios pruridos com referência aos nossos problemas jurídicos surgidos de uniões homossexuais.

Diante da constatação de que nosso envolvimento moral é fator preponderante na tomada de posições, buscamos ouvir vários juristas, informalmente, colhendo-lhes as opiniões e discutindo com eles a questão, mas o que

nos causou espécie foi a reação quase unânime de repulsa dos entrevistados. Em face de afirmativas como "isto é coisa de gente sem vergonha", chegamos à conclusão de que os entrevistados deveriam ser alertados, inicialmente, de que estavam sendo ouvidos como profissionais do Direito.

Este o cerne da questão: despirmo-nos de nossos preconceitos, tanto quanto for possível, se quisermos colher algum resultado positivo do trabalho.

Afinal, apenas o homossexualismo é imoral, ou o é, presentemente, como já o foram a união concubinária, a filiação adulterina e tantas outras ocorrências jurídicas para as quais a Constituição Federal de 88 encontrou razoáveis soluções?

2.4. Os precedentes

Todas as sociedades constituídas — regular ou irregularmente —, sejam elas civis, comerciais ou conjugais, na busca da consecução de um objetivo comum entre os sócios, estão sujeitas a sofrer variações patrimoniais, para maior ou para menor. No que se refere às usuais sociedades de fato, a lei já se incumbiu de dar solução aos problemas jurídicos surgidos para a divisão do patrimônio, seja ele positivo ou negativo.

A união concubinária entre homem e mulher percorreu longo calvário pela doutrina e jurisprudência, até conseguir significativa pacificação e, afinal, a consagração do instituto pela Constituição Federal.

A relação duradoura entre pessoas do mesmo sexo parece trilhar o mesmo caminho da união concubinária, o que se verifica pelos ainda escassos casos de que a doutrina e a jurisprudência nos dão conta.

No Estado do Rio de Janeiro, o Poder Judiciário já se dispôs à abstração da "análise moral ou amoral da relação", quando reconheceu ao fotógrafo *Marco Aurélio Rodrigues* o direito a uma parcela dos bens do pintor *Jorge Guinle Filho*, que lhe havia legado a metade dos bens em testamento. A disposição de última vontade, esclareça-se, foi invalidada, mas reconhecida a concorrência do autor da ação na formação do patrimônio do *de cujus*.

Disputa similar envolveu a tenista *Martina Navratilova* e *Judy Nelson*, que pretendeu indenização pela união vivida com a atleta.

No Espírito Santo, a imprensa local trouxe à luz, recentemente, o caso de duas mulheres, que viveram juntas por mais de um ano, formando patrimônio. Em primeira instância, E.L.F., a autora da ação, viu acolhida sua pretensão, logrando ser beneficiada com uma indenização de vinte e quatro salários mínimos. A sentença encontra-se em grau de recurso, merecendo reexame pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado.

O relator, Desembargador JOSÉ MATHIAS DE ALMEIDA NETTO, assim se manifestou:

“Houve um ajuntamento irregular entre ambas, contra os comezinhos princípios morais, que a apelante quer rotular como sociedade de fato, ajuntamento este que não recebeu, ainda, o reconhecimento da sã moral e do Direito.”

O recurso aguarda apreciação final, eis que um dos Desembargadores integrantes da Câmara pediu vistas dos autos.

2.5 O Direito

Não há negar o estreito liame entre o Direito e a Moral.

Da mesma forma, os costumes são indesmentível fonte do Direito.

Mas, *ad argumentandum tantum*, lei não existisse, haveríamos de pautar nossas condutas pelos primitivos, mas nem por isso menos sábios princípios gerais do Direito, consubstanciados nas seguintes máximas:

*Honeste vivere,
Alterum non laedere,
Suum cuique tribuere.*

Com que força e de que forma as relações entre pessoas do mesmo sexo influenciam a nossa psique, a ponto de não podermos nos abstrair de sua origem, a fim de prestar a tais indivíduos a almejada jurisdição?

Sim, porque não há como negar a existência de uma comunhão de interesses entre duas pessoas, inobstante homossexuais, que vivam sob o mesmo teto.

Vivem, assim, como em verdadeira sociedade de fato em que, advindo a dissolução, os sócios haverão *“de buscar, uns contra os outros e os terceiros contra eles o arrimo necessário aos seus direitos. Há uma comunhão de direitos em favor de quem cooperou para a aquisição de haveres, com obrigações para aquele que detém os bens comuns”*.

O exame da legislação disponível demonstra que a exigência de diferentes sexos nas uniões conjugais é referida no § 3º do art. 226 da Constituição Federal, quando se trata da relação entre concubinos. E não pára aí: faz ques-

tão de esclarecer que está a proteger a união concubinária entre homem e mulher, admitindo, tacitamente, a relação duradoura entre pessoas do mesmo sexo e, sobretudo, não a proibindo.

Mas, se, apenas por amor ao debate, admitíssemos a imoralidade das uniões homossexuais — já que não se pode taxá-las, peremptoriamente, de antijurídicas — estaríamos a referendar, no bojo da questão, mais uma imoralidade, qual seja a do enriquecimento sem causa.

Parafraseando EDGARD DE MOURA BITTENCOURT, não é a união de homossexuais em si que outorga direitos, mas o conjunto de fatos que ela tenha enfeixado.

Temos que o fato da vida em comum entre homossexuais é questão que deve ser relegada a segundo plano.

O Código de Processo Civil, no art. 1.218, VII, dispõe sobre o destino que deverá ser dado ao patrimônio comum, após dissolvida uma sociedade: a partilha.

Sobre o tema, comenta ARNALDO RIZZARDO:

“É totalmente irrelevante ou descabido indagar se os sócios eram ou não concubinos, se um dos sócios ou os sócios são pessoas casadas, e durou muito ou pouco o concubinato... A existência ou inexistência da sociedade é assunto que respeita só ao Direito das Obrigações.”

Aduz ainda que:

“Um acórdão da Corte de Apelação de Paris, de 20.03.59, firmou a verdadeira exegese: ‘Uma sociedade de fato pode formar-se entre amantes, quer se trate de verdadeiro concubinato ou de simples relacionamento sem vida em comum, de um concubinato simples ou de um concubinato adúltero, pois a lei ignora as relações fora do casamento em matéria contratual’ (Recueil Dalloz, 1959, p. 79 — “sommaire”). Em resumo: existe sociedade sem concubinato e concubinato com sociedade. São situações que podem casualmente coexistir, mas que entre elas não há nenhuma relação de dependência ou causalidade. Distingui-los é tarefa do intérprete avisado.”

O que vem dito pelo jurista vale, também, para as uniões de pessoas do mesmo sexo.

A sociedade de fato reside na cooperação mútua, no trabalho comum, na ajuda recíproca. O que querem os pares de homossexuais é a "*justa compensação econômica*" diante da dissolução de tais sociedades. "*E quanto a tal propósito, o pedido nada oferece de ilícito ou imoral. Ao revés, repeli-lo de plano, sim, pois poderia proporcionar o enriquecimento pelo fruto do trabalho alheio.*"

Os comentários de ARNALDO RIZZARDO, aplicáveis à união estável entre homem e mulher, já encontram defensores no sentido de sua pertinência no tocante às relações clandestinas ou entre pessoas do mesmo sexo.

O professor MARCO ANTÔNIO BANDEIRA SCAPINI, em artigo escrito para a revista AJURIS, após considerar "*resquício de conservadorismo preconceituoso*" a não inclusão das uniões entre pessoas do mesmo sexo no § 3º do art. 226 da Constituição Federal, ainda assevera:

"Na convivência de pessoas do mesmo sexo, formado patrimônio com participação mútua, pode-se perfeitamente, reconhecer a existência de uma sociedade de fato passível de dissolução, tal qual ocorria na visão antiga do concubinato. Também vejo como possível ao homossexual reclamar indenização por serviços prestados ao companheiro, exigindo-se para a concessão os mesmos requisitos que se impunham à concubina."

3. *Uniões clandestinas*

O que vem dito aqui para as uniões de pessoas do mesmo sexo vale, também, para as uniões clandestinas.

Isto porque o que se sugere é a abstração das causas de tais sociedades, deixando o exame da divisão do patrimônio exclusivamente à conta do Direito das Obrigações.

Sobre o assunto, leciona o Juiz de Direito MARCO ANTÔNIO BANDEIRA SCAPINI:

"O relacionamento entre amantes é, também, capaz de gerar direitos e obrigações. É corriqueiro amantes, mesmo em relacionamento extraconjugal, formarem patrimônio comum. Se tal ocorrer com a contribuição de ambos, pode-se aí, igualmente,

admitir a existência de uma sociedade de fato, resolvendo-se os litígios com base no Direito das Obrigações.”

A doutrina traz notícias de julgado que remonta à década de 30, envolvendo concubinato adúlterino, no qual a teoria do enriquecimento sem causa foi adotada pelos tribunais. Outro há que, além de desposar a teoria do enriquecimento sem causa, abstrai-se do fundamento da sociedade de fato.

Na realidade, deve prevalecer o que já se explorou: as questões patrimoniais, seja nos casos de uniões entre pessoas do mesmo sexo, seja nos casos de uniões clandestinas, interessam, exclusivamente, ao Direito das Obrigações, razão pela qual deve-se, senão ignorar, pelo menos abstrair-se o julgador dos interesses que levaram os parceiros a uma sociedade de fato.

4. Conclusão

“O exercício de pensar é extremamente doloroso. Muito mais cômodo é aplicar o consagrado, repetir o que foi dito, ser o jurista tradicional de que fala AMÍLTON BUENO DE CARVALHO, na revista *AJURIS*, 48/47: aquele que tem a formação “dirigida para conservar o velho sistema de dominação.””

Desafiando a velha e instalada inércia intelectual, nos propusemos a filosofar sobre a questão patrimonial nas relações clandestinas e entre pessoas do mesmo sexo.

A pretensão residuiu exclusivamente nisto.

Colocar as nossas próprias perplexidades, dúvidas e perquirições e, como a discuti-las em voz alta, alinhar algumas modestas considerações.

Sobre a matéria, forçoso é concluir que as dificuldades que nos assolam no deslinde da questão da divisão de patrimônio em relacionamentos clandestinos ou entre pessoas do mesmo sexo são de ordem religiosa, filosófica, moral, psíquica, comportamental, resultado de personalidade que o ambiente vai, ao longo da vida, forjando em nós.

Juridicamente, no entanto, tais sociedades haverão de merecer o tratamento dado a qualquer outra sociedade de fato, dividindo-se o monte, após regular dissolução, observadas as peculiaridades de cada caso. Não se trata, na realidade, de méção, mas de aferição do *quantum* de contribuição de cada um

dos sócios, dando-se-lhe na partilha estritamente o que lhe for devido, na proporção de seus esforços.

Abstrair-se da causa, a fim de fazer valer, ao final de todo o processo, o *suum cuique tribuere*.

Vitória – ES, julho de 1994.

Bibliografia

Livros

CAMARGO JR., BENEDITO SOARES DE. *Aulas de Medicina Legal*, Editora da Universidade Federal de Goiás, 5ª ed., 1987.

GOMES, HÉLIO. *Medicina Legal*, Freitas Bastos, RJ, 1978.

MEIRA, Clóvis. *Temas de Ética Médica e Medicina Legal*, CEJUP, Pará, 1ª ed., 1989.

MOURA BITTENCOURT, EDGARD DE. *Concubinato*, Edição Universitária de Direito, SP, 3ª ed., 1988.

RIZZARDO, ARNALDO. *Casamento e Concubinato — Efeitos Patrimoniais*, Aide Editora, RJ, 2ª ed., 1987.

Revistas

Revista *Ajuris* 53/307.

Revista *Veja*, nº 19, vol. 26, de 12.05.93, Editora Abril.

Revista *Veja*, nº 26, de 29.05.94, Editora Abril.

Jornais

Jornal *A Gazeta*, de 29.05.94, Vitória, ES.

Jornal *A Gazeta*, de 10.06.94, Vitória, ES.

(*) MÔNICA CRISTINA MOREIRA PINTO é Promotora de Justiça no Estado do Espírito Santo.
