

Os casamentos e as parcerias entre pessoas do mesmo sexo no direito internacional privado brasileiro: aspectos transnacionais das famílias contemporâneas*

Same-sex marriages and unions under brazilian private international law: transnational aspects of contemporary families.

Bruno Rodrigues de Almeida**

Abstract

This article focuses on certain issues of conflict-of-law rules within the Brazilian legal order considering that Brazil has recently promoted internal administrative and judicial reforms granting family status to same sex marriages and civil unions. Comparing classic and contemporary family situations, it is easy to notice that, although Brazilian rules of Private International Law (Decree-Law 4.657/42) urgently need to be updated, there are still mechanisms to allow recognition of legal effects to same-sex marriages and unions in a transnational context. The goal of this study is to demonstrate that applying foreign law actually means the protection of human dignity and the fundamental right to the freedom of sexual orientation.

Keywords: Same-sex partnerships and marriage in Brazil. Private International Law. Transnational family relationship.

Resumo

Este trabalho aborda certos problemas relativos às parcerias entre pessoas do mesmo sexo, consideradas a partir das regras de Direito Internacional Privado do ordenamento jurídico brasileiro. Constatou-se, por meio da análise das regras de conexão constantes do Decreto-Lei nº 4.657/42, que a regulação intersistemática das relações familiares requer atenção urgente tanto do ponto de vista da atualização legislativa como da renovação por parte da jurisprudência. O presente estudo busca demonstrar como a ponderação acerca da aplicação da lei material estrangeira pode significar a efetiva proteção da dignidade humana e do direito fundamental à liberdade de orientação sexual.

Palavras-chave: Casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo. Direito Internacional Privado. Relações familiares transnacionais.

*Recebido em 13.04.2014

Aceito em 26.05.2014

**Doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor Adjunto de Direito Internacional Privado e de Direito Civil da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – *Campus* Nova Iguaçu, Chefe do Departamento de Ciências Jurídicas do Instituto Multidisciplinar, Membro da ASADIP, advogado. E-mail: bra1278@gmail.com

1 Introdução: breves comentários sobre as recentes mudanças no direito de família brasileiro

Muito embora já houvesse decisões de diversos órgãos do Poder Judiciário nacional conferindo direitos aos casais do mesmo sexo em outras áreas do Direito, o cenário jurídico brasileiro tem como marco fundamental a decisão proferida na ADI nº 4.277, de 05 de maio de 2011, pois por meio dessa decisão a Suprema Corte Brasileira reconheceu, de maneira unânime, a constitucionalidade e o caráter familiar das parcerias entre pessoas mesmo sexo¹.

Dessa forma, o STF julgou procedentes os pedidos formulados no referido precedente, optando pela interpretação do art. 226 da CF e do art. 1723 do Código Civil que admitem como união estável a relação estabelecida entre duas pessoas do mesmo sexo que preencha todos os demais requisitos, em harmonia com os preceitos fundamentais da Constituição Federal.

Entretanto, há opinião vencida de três ministros contrária à linha de interpretação mais extensiva, entendendo que a equiparação dos efeitos entre união estável e união homoafetiva somente seria possível por meio de regulamentação infraconstitucional dos efeitos dessa nova forma de entidade familiar, não admitindo, ao contrário da maioria expressa no referido acórdão, a possibilidade de convalidação da união estável em casamento, o que é possível para aquelas uniões entre homem e mulher, conforme o parágrafo 3º do art. 226 da CF.

Por isso, há projetos de lei tramitando no Poder Legislativo brasileiro tanto no sentido de permitir o casamento igualitário, como de proibi-lo. Ao mesmo tempo, surgiram diferentes decisões nos Estados-membros da Federação acerca da total extensão das regras constitucionais da união estável de pessoas do mesmo sexo. Por fim, a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça determina que os cartórios brasileiros regulamentem os procedimentos para a conversão da união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, além da habilitação direta de casamento civil para casais de orientação homossexual².

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. ADI 4277. Tribunal Pleno. Relator (a): Min. Ayres Britto. Brasília, 05, de maio de 2011. p. 341.

2 Para um estudo evolutivo do cenário jurídico brasileiro veja-se ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. The Shakespearan Rose blossoms down the Equator: reflections upon Brazilian Supreme Court's decision recognizing the constitutionality of same-sex civil unions. *Panorama Brazilian Law*. v. 1, p. 101-118, 2013.

Considera-se assim que as relações entre duas pessoas do mesmo sexo foram inicialmente admitidas pelo Supremo Tribunal Federal como uniões ou parcerias civis. Porém, até que sobrevenha regulamentação específica ou mesmo uma nova decisão da Corte Suprema sobre a completa equiparação entre as uniões civis formadas por homem e mulher e aquelas compostas por pessoas do mesmo sexo, têm-se admitido por meio das decisões judiciais e dos regulamentos administrativos cartoriais, tanto a convalidação em casamento como a habilitação matrimonial para os casais do mesmo sexo.

Com efeito, o reconhecimento legal do relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo ainda é deveras polêmico, fruto das evoluções alcançadas com a consagração do direito fundamental de respeito à identidade individual que é constituída por elementos diversos como a língua, a religião, a expressão artística e o estilo de vida³.

Considere-se ainda que a internacionalização da vida privada cotidiana faz com que cada vez mais, também, os casamentos e/ ou parcerias entre pessoas do mesmo sexo se aproximem dos outros ordenamentos por meio dos diversos elementos de conexão (nacionalidade ou domicílio dos cônjuges ou parceiros, local da situação dos bens imóveis, local da celebração do ato, etc..).

Dessa forma, tomando-se por base as notórias diferenças entre as legislações acerca da neutralidade/ diversidade matrimonial de gênero e/ou o estabelecimento de sistemas de registro alternativo para os casais homossexuais, qual deveria ser a lei aplicável ao regime de bens de um casamento, celebrado na Haia, entre brasileiro domiciliado em Paris e neerlandês domiciliado no Estado norte-americano do Texas, que após o enlace vão se domiciliar na Alemanha, cujo ordenamento não admite o casamento, mas tão somente a parceria civil registrada para os casais do mesmo sexo?

Diversas situações podem ser cogitadas a partir dos possíveis elementos de conexão tais como a lei reguladora direito à prestação alimentar entre cônjuges/ parceiros (*maintenance*), ou ainda com relação aos filhos menores, havidos no âmbito das famílias fundadas em relacionamentos homoafetivos duradouros. Nessa hipótese seria o caso de se aplicar o artigo 7º do

3 HALLEY, Janet. Recognition, rights, regulation, normalization: rhetorics of justification in the same-sex debate. In: WINTEMUTE, Robert; ADENAS, Mads. *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: a Study of National, European and International Law*. Portland: Hart Publishing, 2004. p. 99-105.

Decreto-Lei nº 4.657/42 cuja regra prevê que as relações familiares são reguladas pela lei do país em que está domiciliada a pessoa?

Por outro lado, seriam as leis estrangeiras que conferem direitos aos indivíduos do mesmo sexo (casamentos ou parcerias registradas) contrárias à ordem pública do ordenamento jurídico brasileiro?

A resposta requer muita reflexão, na medida em que é preciso investigar se as eventuais implicações dos casamentos e parcerias entre as pessoas do mesmo sexo no Direito Internacional Privado brasileiro têm condições de reverberar os significativos avanços verificados no direito material de família pátrio.

2 O direito internacional privado, a mobilidade e a dignidade

O Direito Internacional Privado é o conjunto atemporal das regras de sobredireito, cujo ponto de partida filosófico e institucional reside justamente na diversidade das disposições normativas que gravitam ao redor do elemento jurídico de estraneidade, o que significa, em outras palavras, que a diferença entre os comandos legislativos nacionais e estrangeiros representa a situação inicial *necessária* para o funcionamento das regras de conexão⁴.

Assim, conforme ensina Werner Goldschmidt, essa disciplina é a especialidade do Direito Privado que contempla os casos marcados por elementos estrangeiros, motivo pelo qual a boa doutrina defende que o estudo dessa disciplina requer também a compreensão do direito estrangeiro materialmente diverso do ordenamento interno, potencialmente aplicável ao caso por força das regras de conexão do foro⁵.

Reitera-se, assim, que, na contemporaneidade, o Direito Internacional Privado não se limita à mera análise das regras para solução de conflitos de leis no espaço, mas envolve também o reconhecimento de situações jurídicas validamente consolidadas em outros Estados como forma de garantir a dignidade humana, inclusive, nas relações transfronteiriças: homem ou mulher, adulto ou criança, nacional ou estrangeiro,

4 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*: parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 157.

5 GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado, derecho de la tolerancia*. Buenos Aires: El Derecho, 1974. p. 87.

consumidor ou fornecedor, em todas as possíveis implicações jurídicas plurilocalizadas.

Pode-se vislumbrar uma releitura contemporânea do conteúdo da disciplina a partir de sua vocação dinâmica, a fim de estudar os fenômenos jurídicos acarretados pelos diversos fluxos sociais contemporâneos⁶.

Em um primeiro momento, temos o nível direto de operação do Direito Internacional Privado, que se verifica a partir dos resultados obtidos por meio da utilização das regras de conexão determinadas em cada ordenamento⁷. Assim, por exemplo, temos que o estatuto pessoal (conjunto de relações jurídicas relativas ao Estado, à capacidade do indivíduo e aos direitos de família) pode ser regulado pela lei da nacionalidade do indivíduo (*lex patriae*), ou aquela do seu domicílio (*lex domicilii*), a regra da sua religião, ou ainda a lei do país de sua residência habitual ou permanente⁸.

Entretanto, as regras de conexão aplicáveis aos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo merecem considerações especiais, pois, tendo em vista que o reconhecimento legal dos relacionamentos homoafetivos consiste em fenômeno ainda bastante recente, seus precursores (o crescente, porém ainda pequeno grupo de Estados que os admitem) foram cautelosos na regulamentação das regras de conexão aplicáveis nos referidos casos, porque o direito material da grande maioria dos países ainda não reconhece tais situações⁹.

Imagine-se um magistrado brasileiro analisando a validade de contrato de compra e venda, realizado em Montevidéu, de imóvel situado em São Paulo, em que não foi dada a outorga do cônjuge do mesmo sexo do alienante, que por sua vez está domiciliado em Buenos Aires e é proprietário exclusivo do referido bem.

6 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. A Cinemática Jurídica Global: conteúdo do Direito Internacional Privado contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 1, p. 1-39, 2011.

7 Neste contexto, cabe a expressão Direito Internacional Privado de Família como recurso didático, para designar o estudo daquelas relações jurídicas de natureza familiar que por diversos motivos assumem cada vez mais frequentemente o aspecto da estraneidade jurídica. DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional: a família no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 15.

8 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*: parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 297. 330.

9 JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit. Registered Partnership in Private International Law: Scandinavian Approach. In: BOELE-WOELKI, Katharina; FUCHS, Angelika (Ed.). *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*. Antuérpia: Intersentia, 2003. p. 137.

Tal resposta, mais do que um mero sistema de determinação da lei aplicável, requer considerações sobre a gênese e a aplicação das regras de Direito Internacional Privado dentro de um contexto social no qual se busca a realização do pluralismo político, da tolerância e do respeito às diferenças no tocante aos caracteres intersistemáticos que eventualmente podem ocorrer nos relacionamentos amorosos estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

3 Lei aplicável à capacidade para contrair matrimônio ou celebrar a parceria

Inicialmente, impende ressaltar que a noção de operação direta do Direito Internacional Privado consiste na solução das questões jurídicas multiconectadas a partir da aplicação, pela autoridade judiciária local, do direito material indicado pela regra de conexão vigente no foro, atividade que deve estar sempre aliada ao uso dos princípios jurídicos, especialmente afetos ao Direito Internacional Privado.

Se a determinação do elemento de conexão impacta diretamente indicação constante nas normas de Direito Internacional Privado, a qualificação da questão é de vital importância para o resultado obtido. Conforme as lições da doutrina, na solução da situação multiconectada, a qualificação consiste na conceituação associada à classificação jurídica do problema a fim de encontrar a sua sede jurídica da relação e, assim, determinar o elemento de conexão¹⁰.

Poderia um paraguaio de 18 anos domiciliado em Montevidéu validamente realizar, no Brasil, parceria civil com um venezuelano de 20 anos domiciliado em Belo Horizonte?

É preciso considerar que tanto no Direito brasileiro (art. 1723 e seguintes do CC 2002) como na Lei de União Concubinária uruguaia¹¹ não há qualquer menção específica à lei reguladora da capacidade do indivíduo para celebrar união civil.

Assim, tendo em vista os que a parceria civil não é exclusivamente um contrato, pois pertence à seara do Direito de Família, a opção adotada inicialmente nos países pioneiros no estabelecimento da parceria civil exclusiva para os casais do mesmo sexo (como

a Dinamarca¹², Suécia¹³ e a Alemanha¹⁴) restringia o acesso das pessoas estrangeiras e/ou não domiciliadas no país do registro, e, por isso, está em dissonância com as características das famílias contemporâneas.

Nesse sentido, a melhor solução seria aplicar a *lex loci registrationis*, que vem a ser regra pela qual a capacidade para participação na parceria civil é determinada pela lei do lugar da celebração do referido acordo.

Por tal enfoque, o conflito de leis em matéria de requisitos de capacidade legal e impedimentos para o registro das parcerias civis foi amenizado por meio de um desmembramento da lei aplicável, seguindo-se os para estes os requisitos da lei material interna, reservado às regras de conexão do foro questões sobre a capacidade de fato, desde que não isto resulte no cerceamento do direito fundamental de liberdade à orientação sexual.

Assim, ainda que alguns países já admitam remeter a solução da questão à égide de uma lei material estrangeira, é condição *sine qua non* para sua aplicação também reconhecer validade às parcerias registradas ou uniões civis¹⁵.

Por isso, as autoridades notariais brasileiras não podem se recusar a registrar uma união civil entre um paraguaio de 19 anos domiciliado em Montevidéu e um venezuelano de 20 anos domiciliado em Belo Horizonte. Isso porque o art. 7º *caput* Decreto-Lei nº 4.657/42 remeterá a questão capacidade de fato (a maioria civil) à lei do domicílio dos prospectivos parceiros: sendo, portanto aplicada a lei uruguaia (art. 280 § 2º do CC uruguaio) e a lei brasileira (art. 5º CC 2002); sendo, porém, também aplicável a lei brasileira como aquela do lugar do registro para regulação dos requisitos formais e materiais inerentes ao registro da parceria civil (art. 1723, CC 2002).

12 Ato nº 372 de 7/06/1989, seção 2 (2) alínea II.

13 Estatuto Sueco das Parcerias Registradas (Ato nº 1117 de 23 jun. 1994), Seção 2 parágrafos (1) e (2), atualmente revogados.

14 O parágrafo (1) do artigo 17 b da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão (EGBGB) determina que a lei aplicável à formação (requisitos, formalidades e impedimentos), efeitos gerais, e à dissolução das parcerias será o direito material do lugar de sua realização (*lex loci contractus*), no que diverge da lei aplicável à formação do matrimônio, a lei da nacionalidade dos nubentes (*lex patriae*), constante do art. 13, EGBGB.

15 WAUTELET, Patrick. *Private international law aspects of same-sex marriages and partnerships in Europe. Divided we stand?* 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2037721>>. Acesso em: 09 out. 2013.

10 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: 2012, p. 363-365.

11 <http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18246>. Acesso em: 14 out. 2013.

Já no tocante aos casamentos, ensina a doutrina clássica que a lei aplicável à capacidade para contrair matrimônio é aquela reguladora do seu estatuto pessoal, devendo ser observados ainda os impedimentos da lei do local da celebração¹⁶.

Entretanto, é preciso atentar que a inovação da neutralidade matrimonial de gênero deve se coadunar com as lições da doutrina contemporânea, de maneira a permitir que o Direito Internacional Privado funcione como verdadeiro cenário da proteção dos direitos fundamentais.

Assim, o Princípio da Ordem Pública, frequentemente utilizado para resolver questões envolvendo a estraneidade jurídica, assumiu papel particularmente decisivo no tocante aos casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Isso porque, apesar de crescente, o número de Estados que estabelecem a neutralidade matrimonial de gênero ainda é bastante reduzido quando comparado com aqueles que expressamente a proíbem ou simplesmente ignoram tal circunstância.

Por tais motivos, percebe-se o curioso movimento que este fundamental princípio descreveu na recente história da estraneidade jurídica dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Se, por um lado, os Estados que desconhecem ou proíbem a neutralidade matrimonial de gênero invariavelmente invocaram a Ordem Pública para recusar a realização dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo por meio da utilização das regras de conexão, já nos ordenamentos onde tal neutralidade é prevista, o mesmo princípio é utilizado como fundamento para não remeter a questão à lei material que resultasse na impossibilidade do matrimônio por conta da proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo no ordenamento alienígena¹⁷.

À guisa de ilustração, percebe-se, no cenário europeu, que alguns Estados (como a Espanha) conferem à legislação matrimonial a característica de aplicabilidade imediata, cancelando o funcionamento das regras de conexão nos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, ao passo que

em outros (como na Bélgica), uma vez efetivada a política do casamento civil igualitário, o Princípio da Ordem Pública passou a servir como barreira infranqueável, impossibilitando remeter a questão à lei estrangeira que proibisse o casamento neutro em gênero¹⁸.

Há, entretanto, exceções à regra da capacidade matrimonial regulada pela *lex domicilii* verificada, por exemplo no §2º do art. 7º, LINDB¹⁹ que permite a realização, no território brasileiro, do casamento de estrangeiros perante a autoridade consular do Estado da nacionalidade comum dos nubentes.

Nesse diapasão, esposa-se entendimento de que duas mulheres argentinas ou dois homens uruguaios poderiam se casar, respectivamente, nos Consulados da Argentina e do Uruguai situados na cidade do Rio de Janeiro, tendo em vista que a identidade de gênero não consta da listagem das causas impeditivas do casamento no direito brasileiro (art. 1521, CC)²⁰.

4 Considerações sobre o critério de escolha da lei reguladora da validade do vínculo

A validade de um ato jurídico significa o preenchimento dos requisitos legalmente estabelecidos para que, assim, tal ato produza os efeitos normalmente esperados para aquela espécie jurídica²¹.

Relativamente à validade do vínculo (matrimonial ou de companheirismo) dotado do elemento da estraneidade jurídica, cumpre ao Direito Internacional Privado determinar qual será a legislação materialmente aplicável, isto é, saber qual legislação regulará os requisitos legais a serem obedecidos de forma que o

18 DOLINGER, Jacob. *Direito e amor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 287.

19 Art. 7º§ 1º Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração. § 2º O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes.

20 Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

21 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 487.

16 DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional: a família no direito internacional privado: casamento e divórcio*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1. t. 1. p. 70.

17 ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. *Os efeitos transnacionais dos casamentos e parcerias entre as pessoas do mesmo sexo: dignidade, pluralismo e cosmopolitismo das famílias contemporâneas*. Tese (Doutorado em Direito Internacional) Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UERJ, 2012. p. 40-41.

casamento ou a parceria civil entre pessoas do mesmo sexo possam produzir todos efeitos que normalmente se esperaria deles.

Portanto, pode-se defender a tese de que o casamento entre um italiano domiciliado em Buenos Aires e um brasileiro com domicílio no Estado norte-americano do Texas, realizado em Buenos Aires, é plenamente válido, na medida em que os requisitos materiais e formais da *lex loci celebrationis* foram atendidos.

Isso porque, como já visto anteriormente, apesar do estatuto pessoal ser regulado, em regra, pela *lex domicilii*, deve-se considerar que para este casamento celebrado no território argentino, a lei material do Texas, inicialmente indicada pelas normas de conexão locais, é manifestamente contrária aos princípios jurídicos expressos na legislação civil argentina que institui o casamento neutro (§2º), ao mesmo tempo em que o §4º do mesmo artigo confere plena validade ao vínculo, se ausentes quaisquer impedimentos estabelecido pela *lex fori* (art. 166, CC)²².

Tome-se agora o exemplo de uma paraguaia domiciliada na cidade de Salvador que também tenham se casado na cidade de Buenos Aires com uma brasileira domiciliada naquele mesmo país, indo este casal se domiciliar no Estado norte-americano do Texas.

Por força da regra conexão adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 7º, § 3º LINDB) o magistrado nacional deveria submeter a validade do referido vínculo à lei material do primeiro domicílio conjugal, lei texana, tendo em vista diversidade de domicílio dos nubentes²³.

22 Art. 166. Son impedimentos para contraer matrimonio:

1. La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación.

2. La consanguinidad entre hermanos o medio hermanos.

3. El vínculo derivado de la adopción plena, en los mismos casos de los incisos 1, 2 y 4. El derivado de la adopción simple, entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona, entre sí, y adoptado e hijo de adoptante. Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada.

4. La afinidad en línea recta en todos los grados.

5. Tener menos de DIECIOCHO (18) años.

6. El matrimonio anterior, mientras subsista.

7. Haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges.

8. La privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere.

9. La sordomudez cuando el contrayente no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera.

23 § 3º. Tendo os nubentes domicílio diverso, regerá os casos de

Assim, apesar da capacidade matrimonial conferida pela norma reguladora do estatuto pessoal (*lex domicilii*) e da regular realização da cerimônia no solo argentino (*lex loci celebrationis*), pelo fato de o casal ter estabelecido seu primeiro domicílio conjugal no Texas, seria este vínculo considerado nulo, por força da aplicação da regra material que desconheça ou mesmo proíba os casamentos entre pessoas do mesmo sexo?

A resposta há de ser negativa.

Saliente-se que, já nos casos de casamentos com diversidade de gêneros, a doutrina abalizada²⁴ e a jurisprudência Supremo Tribunal Federal²⁵ já se posicionaram contrárias à regra do §3º do art. 7º LINDB, na medida em que há denotada desproporcionalidade entre o tratamento verificado para os cônjuges com domicílio diverso (art. 7º *caput*), especialmente porque a validade de um ato presente irá depender de uma decisão futura, o que causa elevada insegurança jurídica.

Por isso, há de defender o entendimento de que, no caso de pessoas do mesmo sexo domiciliadas em países distintos, o magistrado brasileiro deverá lançar mão do princípio *favor matrimonii* e não aplicar a regra do art. 7º, §3º da LINDB para invalidar casamentos que foram regularmente realizados tanto pela lei pessoal dos nubentes quanto pela *lex loci celebrationis*, tendo em vista que esta norma somente seria utilizada para aqueles casos em que os motivos de invalidação do matrimônio ocorreram posteriormente à fixação dos cônjuges no país do primeiro domicílio conjugal.

invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal.

24 Na opinião de Jacob Dolinger, a invalidade ab initio do casamento (formalidades e impedimentos matrimoniais) deve ser regulada pela *lex loci celebrationis* e pela lei pessoal dos nubentes, ainda que estes possuam domicílios diversos no momento do casamento. Isto porque, ao se admitir alcance pleno ao referido dispositivo, casamentos válidos pelas leis dos domicílios de ambos os nubentes e pela lei do lugar de sua celebração poderiam perder esta característica, o que vai de encontro ao princípio constitucional de respeito aos direitos validamente adquiridos. DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional: a família no direito internacional privado: casamento e divórcio*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1. t. 1. p.80-84.

25 “ERRO MATERIAL, CUJA CORREÇÃO SE IMPÕE. SENTENÇA ESTRANGEIRA, A QUE SE NEGA HOMOLOGAÇÃO. A NULIDADE DE UM CASAMENTO HÁ DE REGER-SE PELA LEI A QUE ELE OBEDECEU, AO SER CELEBRADO. O PARAGRAFO 3º DO ART. 7º DA LEI DE INTRODUÇÃO RESULTOU DE EQUIVOCO EVIDENTE E NÃO HÁ COMO APLICÁ-LO”. BRASIL Supremo Tribunal Federal. Sentença estrangeira. *SE n. 2085*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Gallotti. Brasília, 03, de março de 1971. p. 01810.

5 Lei aplicável aos efeitos jurídicos da ordem pessoal

Para fins didáticos, os efeitos decorrentes da parceria civil ou do casamento entre pessoas do mesmo sexo podem ser divididos entre aqueles de ordem pessoal (relações pessoais entre os cônjuges ou parceiros, direito à adoção do nome, etc.) e os de ordem patrimonial (regime de bens, obrigação alimentar, direitos sucessórios, etc..).

O *caput* do art. 7º LINDB estabelece que o estatuto pessoal seja regulado pela *lex domicilii*. Contudo, apesar dos parágrafos tratarem pormenorizadamente dos aspectos intersistemáticos relacionados aos casamentos, não há qualquer regra de conexão específica para as uniões civis de qualquer espécie, mesmo para aquelas entre homem e mulher.

De acordo com o Acórdão na ADI nº 4.277, há que se interpretar o artigo 1.723 do Código Civil brasileiro em vigor à luz das normas constitucionais protetoras da entidade familiar, legitimando assim os relacionamentos homoafetivos com ânimo público e duradouro enquanto uniões estáveis.

Ocorre que, independentemente do gênero dos companheiros, os aspectos intersistemáticos do instituto da união estável ainda não estão regulamentados no ordenamento jurídico brasileiro.

Este é o ideal expresso no Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual, apresentado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que prevê criação de regra de conexão para regular as relações com elementos de estraneidade das entidades familiares homoafetivas por meio da aplicação da lei do lugar do domicílio daquela família:

Art. 18 - A lei do País em que a família homoafetiva tiver domicílio determina as regras do Direito das Famílias.

Para além das famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, o referido documento propõe ainda a inclusão de um § 9º no artigo da 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42) estabelecendo que os direitos previstos naquele dispositivo “aplicam-se à união estável, independentemente de orientação sexual e identidade de gênero”²⁶.

26 BRASIL. Decreto-Lei 4.657/1942. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads/5.3.%20Legisla%E7%E3o%20infraconstitucional%20a%20ser%20alterada.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2013.

Assim, todas as uniões estáveis estariam sob a égide da lei material daquele país no qual os companheiros tenham estabelecido domicílio em comum acordo, o que efetivamente permitiria a aplicação do direito material estrangeiro em matéria de parceria civil.

A referida proposta é elogiável na medida em que estabelece uma regra de conexão expressa para a realidade de muitas famílias no direito brasileiro.

No entanto, conforme experiência no Direito Internacional Privado Comparado já demonstrou, muito embora o art. 17 da LINDB sirva como barreira à aplicação do direito estrangeiro ofensivo ao ordenamento brasileiro, seria desejável uma ressalva legal determinando que somente haveria remessa à legislação estrangeira que admitisse a união estável com *status* jurídico de entidade familiar e cujos efeitos se adequem aos moldes do artigo 226 e parágrafos da Constituição Federal, por se tratar de ordem pública que também opera no plano intersistemático.

Outra sugestão seria a inclusão de critério legal no caso de ausência de domicílio comum entre os companheiros, caso em que se entende recomendável a lei brasileira (*lex fori*), ou, ainda aquela mais próxima da relação familiar.

As regras de Direito Internacional Privado do ordenamento brasileiro determinam que os efeitos pessoais entre os cônjuges (direito ao nome, graus de parentesco, direitos e deveres recíprocos, filiação, etc..) sejam regulados pela *lex domicilii*.

6 Lei aplicável aos efeitos da ordem patrimonial

Já em termos dos efeitos patrimoniais, a lei aplicável ao regime de bens do casamento será aquela do domicílio comum dos noivos, ou, caso estes possuam domicílio diverso, aplicar-se-á a lei do primeiro domicílio conjugal²⁷.

O *caput* do art. 10 estabelece que a sucessão dos bens será regulada pela lei do último domicílio do *de cuius*, mas convém ressaltar que há norma de proteção especial insculpida no parágrafo 1º e no inciso XXXI, art. 5º da Constituição Federal de 1988 que permite, no caso de bens deixados por estrangeiros no Brasil, escolher (dentre a lei brasileira e a lei do último domicílio do

27 Convém salientar que, a partir de 11/01/2003, com o início da eficácia jurídica do novo Código Civil brasileiro, admite-se a mudança do regime matrimonial de bens por meio do registro de um acordo entre os cônjuges, desde que respeitados os direitos de terceiros, conforme determina o §2º do art. 1639.

autor da herança) aquela que for mais favorável aos direitos do cônjuge ou do filho brasileiro.

Imagine-se, dessa forma, um brasileiro e um argentino que se casaram na Argentina em 2011 pelo regime da separação total de bens e que estavam domiciliados no Uruguai à época do falecimento do cônjuge argentino, em janeiro de 2013, deixando apenas parentes colaterais (irmãos e sobrinhos). A sucessão legítima dos bens deixados pelo falecido no Brasil seria regulada, inicialmente, pelo direito uruguaio, lei do lugar do último domicílio do *de cuius*.

Ocorre que pela lei do Uruguai o cônjuge brasileiro não seria herdeiro necessário (art. 884 e 885, Código Civil)²⁸ do cônjuge argentino, fazendo jus apenas à porção conjugal, cujo valor será o necessário para cobrir as suas despesas (art. 874, CC uruguaio)²⁹. Já pela lei brasileira, o mesmo cônjuge seria considerado herdeiro necessário, fazendo jus à totalidade da herança deixada pelo argentino (art. 1829, III, CC).

Dessa forma, tendo em vista a nacionalidade brasileira do cônjuge sobrevivente, por força do art. 10, §1º LINDB c/c art. 5º inciso XXXI da Constituição Federal de 1988, o juiz brasileiro vai aplicar a lei material brasileira para a sucessão dos bens do cônjuge argentino.

7 Conclusões: o descompasso entre o direito de família e o direito internacional privado brasileiros

As recentes reformas legislativas e jurisprudenciais admitindo a possibilidade constitucional da parceria civil entre pessoas do mesmo sexo são de grande importância para o Direito de Família interno, podendo ter até introduzido, pelo menos provisoriamente, a neutralidade de gênero no casamento para o ordenamento jurídico Brasileiro repercutiram também,

de maneira indelével, na seara do Direito Internacional Privado.

O incremento da complexidade das situações familiares intersistemáticas está intrinsecamente associado à legitimação dos direitos das minorias sexuais, o que denota a intensificação da internacionalização das relações familiares transnacionais, consubstanciadas no espaço de liberdade fundamental da liberdade à orientação sexual.

Entretanto, em comparação com o que se percebe nas normativas dos demais Estados, nota-se um descompasso entre as normas materiais do Direito de Família e aquelas constantes nas regras de sobredireito (Direito Internacional Privado) do ordenamento brasileiro.

Tal situação é especialmente agravada pela ausência de reformas necessárias no principal diploma legislativo regulador do Direito Internacional Privado pátrio, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil.

Com efeito, a necessidade por reformas legislativas mais focadas na compatibilização das especificidades do Direito Internacional Privado contemporâneo e a sua inter-relação com as alterações do direito interno (como nas áreas de família e as regras relativas às sucessões) são defendidas também por importantes autores da doutrina do DIP do Brasil³⁰ e na América do Sul³¹.

Apesar das recentes evoluções do direito material pátrio em matéria de família, ainda pesa o fato de que as normas de conexão atuais sequer reconhecem a legitimidade de outros arranjos familiares diferentes do casamento, a despeito da regulamentação interna das uniões estáveis entre homem e mulher já serem reguladas no Código Civil de 2002.

28 Art. 884. Llámase legítima la parte de bienes que la ley asigna a cierta clase de herederos, independientemente de la voluntad del testador y de que éste no puede privarlos, sin causa justa y probada de desheredación.

Los herederos que tienen legítima se llaman legitimarios o herederos forzosos.

Art. 885. Tienen legítima:

1º. Los hijos legítimos, personalmente o representados por sus descendientes legítimos o naturales. 2º. Los hijos naturales, reconocidos o declarados tales, personalmente o representados por su descendencia legítima o natural. 3º. Los ascendientes legítimos.

29 Art. 874. La porción conyugal es aquella parte del patrimonio del cónyuge premuerto, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación.

30 ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos. Regime de bens no direito internacional privado brasileiro e seus efeitos na sucessão: análise do RESP 123.633 do STJ. In: DEL'OLMO, Florisbal; KAKU, William Smith; SUSKI, Liana Maria Feix. *Cidadania e direitos humanos: tutela e efetividade internacional e nacional*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 52. No mesmo sentido, JATHAY, Vera Maria Barreira. Novos rumos do direito internacional privado. Um exemplo: a adoção internacional. In: BARROSO, Luís Roberto; TIBURCIO, Carmen (Org.). *O Direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.844.

31 ARROYO, Diego P. Fernandez. Quais as novidades no direito internacional privado Latino-Americano? *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 3, p. 258-261, 2006.

Nesse sentido, são, portanto, urgentes e necessárias reformas no Direito Internacional Privado de Família brasileiro, de maneira a torná-lo condizente com as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade dos relacionamentos homoafetivos.

Assim, seriam bem-vindas as reformas sugeridas pelo Projeto de Estatuto da Diversidade Sexual apresentado pela Ordem dos Advogados do Brasil, que efetivamente conferem à regulamentação dos relacionamentos homoafetivos a possibilidade da conexão com outros sistemas jurídicos.

Isso porque, no contexto democrático e pluralista da transnacionalidade, as diversas formas de famílias contemporâneas são potencialmente conectáveis aos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, de maneira a projetar seus efeitos jurídicos em diferentes países.

Assim, da mesma forma que as regras materiais do Direito de Família devem realizar e preservar certos valores, também no Direito Internacional Privado aplicado às entidades familiares, a aplicação eventual de uma lei estrangeira significará a opção pela defesa da diversidade, da igualdade e do respeito à fundamental liberdade à orientação sexual dos indivíduos, sem que isso represente qualquer diminuição da sua dignidade ou de seus entes queridos.

Referências

- AGUIRRE, Cecilia Fresnedo de. Los tratados de derechos humanos y su incidencia en el derecho internacional privado. In: ARROYO, Diego; LIMA MARQUES, Claudia. *Derecho internacional privado y derecho internacional Publico: un encuentro necesario*. Asunción: CEDEP, ASADIP, 2011. p. 337-344.
- ALMEIDA, Bruno Rodrigues de; ROSADO, Marilda. A relação entre a globalização e o direito internacional privado. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; KAKU, William Smith; SUSKI, Liana Maria Feix (Org.). *Cidadania e direitos humanos: tutela e efetividade internacional e nacional*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 22-35.
- ALMEIDA, Bruno Rodrigues de; ROSADO, Marilda. A cinemática jurídica global: conteúdo do direito internacional privado contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD*, v.1, n. 20, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1516/1646>>. Acesso em: 23 maio 2012.
- ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. *O reconhecimento dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo no direito transnacional: pluralismo, dignidade e cosmopolitismo das famílias contemporâneas*. Tese (Doutorado em Direito Internacional). Rio de Janeiro: UERJ, 2012.
- ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. The Shakespearan Rose blossoms down the Equator: reflections upon Brazilian Supreme Court's decision recognizing the constitutionality of same-sex civil unions. *Panorama Brazilian Law*, v. 1, p. 101-118, 2013.
- ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- DOLINGER, Jacob. *A evolução do princípio da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Luna, 1979.
- DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional: a família no direito internacional privado: casamento e divórcio no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1. t. 1.
- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte especial: direito civil internacional: contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 2.
- DOLINGER, Jacob. *Direito e amor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- FRASER, Nancy. *Redistribuição, reconhecimento e participação: Por uma concepção integrada de justiça*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVEZAN, Flávia (Org.) *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 167-190.
- JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado e a família no umbral do século XXI. In: CONFERÊNCIA DO RIO DE JANEIRO, 15 de março de 2002, PUC-Rio. In: ARAÚJO, Nádía de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 5-30.
- OPERTTI BADÁN, Didier. Derecho internacional público y derecho internacional privado. hacia un diálogo renovado. In: ARROYO, Diego; LIMAMARQUES, Claudia. *Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*. Asunción: CEDEP, ASADIP, 2011, p. 429-448.
- TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.