

Famílias arco-íris transnacionais na sociedade internacional da contemporaneidade

Uriel Marcos Martins Loures¹

Resumo: O reconhecimento transnacional das relações familiares no tocante aos parceiros de mesmo sexo nos obriga a uma releitura do Direito Internacional Privado na esfera do desenvolvimento transfronteiriço das relações humanas na sociedade global da contemporaneidade. A crescente mobilidade humana implica diretamente numa maior mobilidade das relações jurídicas e conseqüentemente na maior conexão destas relações jurídicas a elementos de estraneidade. Estas relações pluriconectadas esbarram muitas vezes em obstáculos, especialmente no que tange as relações jurídicas concebidas numa jurisdição, mas que repercutem – ou visem repercutir – conseqüências em território de jurisdição diversa. Evidentemente que a regulamentação e incorporação das distintas situações familiares está intimamente ligada à legitimação dos direitos das minorias sexuais, que conjugado com a perspectiva de liberdade fundamental e mobilidade da pessoa na sociedade da contemporaneidade reflete a necessidade de internacionalização das relações familiares transnacionais nas suas distintas feições. Nesse contexto, a internacionalização da vida privada cotidiana faz com que cada vez mais a realidade dos casamentos e uniões entre pessoas do mesmo sexo se aproximem dos outros ordenamentos por meio dos quais diversos elementos de conexão se tocam, culminando em um terreno de imprecisões sobre aplicação e amplitude da proteção e regulamentação dessas relações.

Palavras-chave: Direito Internacional Privado; Processo Internacional Privado; Harmonização do Direito Internacional Privado; Reconhecimento; União homoafetiva.

Introdução

Romeu e Julieta, uma estória de amor proibido. Uma estória de como a sociedade pode determinar como e quando uma pessoa pode expressar seu amor por outro. Uma estória de nomes e terminologia. Presos em uma ordem social além de seu controle, Romeu e Julieta precisam combater o poder, política e relações familiares.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro dos grupos de pesquisa: "O Direito Internacional e o Labirinto da Codificação" e "Núcleo de Estudo de Arbitragem e Processo Civil Internacional".

Meu inimigo é apenas o teu nome. Continuarias sendo o que és, se acaso Montecchio tu não fosses. Que é Montecchio? Não será mão, nem pé, nem braço ou rosto, nem parte alguma que pertença ao corpo. Sê outro nome. Que há num simples nome? O que chamamos 'rosa', sob uma outra designação teria igual perfume (SHAKESPEARE, 1998, p. 130).

Muito embora escrito no fim da década de 1590, Romeu e Julieta nos lembra do impacto sempre presente das normas sociais na natureza mais privada e íntima das relações entre casais. A desaprovação social pode até literalmente culminar na morte da relação. Todavia, Shakespeare vai mais além, e questiona se realmente é o amor que se despreza ou simplesmente o nome que atribuímos a ele. O amor proibido descrito por Shakespeare é onipresente e evidente na atual – e dita liberal – ordem social.

O reconhecimento dos direitos humanos das pessoas LGBTI somente veio a ser objeto de discussões nas últimas décadas após uma história milenar de invisibilidade e perseguição histórica². O que significa dizer que a condição de LGBTI, ao longo da história, foi objeto de violência inclusive por parte da comunidade científica e do Estado. Ainda é possível constatar a persistência do preconceito e discriminação que proscree a comunidade LGBTI à marginalidade social reforçada pela negativa de reconhecimento de seus direitos. (RIOS, 2008)

A homossexualidade, uma vez descrita como "O Amor, que não ousa dizer o seu nome"³, se libertou das amarras da repugnância e lutou as normas sociais dominantes. A Dinamarca se tornou o primeiro país do mundo a conceder reconhecimento legal a casais de mesmo sexo em 1989. Desde então, outras jurisdições ao redor do mundo têm seguido o modelo. Pela primeira vez na história, casais do mesmo sexo podem se casar civilmente.

O comportamento das minorias sexuais, constituem "manifestações" diferentes da orientação heterossexual, mas têm uma natureza análoga – se não idêntica – a este último enquanto capacidade de cada pessoa a experimentar uma profunda atração emotiva, afetiva e sexual, de modo que não pode ser considerada diferente se direcionado a uma pessoa do mesmo sexo ou de sexo diferente.

No entanto, a existência de normas jurídicas negativas tem consolidado ao longo do tempo preconceitos sociais atrelados à homossexualidade, que ao se inverter essa lógica – como já registrado em algumas jurisdições – e atribuindo ao sujeito de direito proteção legal

² A prática da homofobia e transfobia também perpassam sob a forma de discriminação institucional, vale dizer, as formas pelas quais instituições e pessoas, mesmo conscientemente contrárias à discriminação, discriminam pessoas em função de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Ver, RIOS, Roger Raup. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. A expressão "homofobia" é de uso corrente para definir a atitude de hostilidade contra pessoa LGBTI, mas também se pode falar em homofobias específicas e suas respectivas implicações peculiares: em gayfobia (homofobia contra gays); lesbofobia (homofobia contra lésbicas); bifobia (homofobia contra bissexuais); e, por fim, transfobia (homofobia contra pessoas trans). Ver, BORRILLO, Daniel. Homofobia: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010. De toda sorte, os direitos das pessoas LGBTI têm tido avanços limitados por ordenamentos jurídicos internos vis-à-vis reação religiosa conservadora contra o reconhecimento dos direitos sexuais e a dificuldade de afirmar o Estado laico.

³ Título de poema de Oscar Wilde, trad. de Oliver Cavalcanti, 1876.

positiva, tem a potencialidade de desencadear um mecanismo a nível social, destinadas a parar, ou até mesmo a apagar, as raízes do preconceito contra as minorias sexuais.

A proteção e respeito do estrangeiro no contexto internacional de relações só foi possível na medida da evolução do estudo do Direito Internacional Privado e sua implicação nas relações jurídicas pluriconectadas⁴. No contexto das famílias transnacionais da sociedade atual, uma releitura contemporânea do conteúdo do Direito Internacional Privado ainda é necessária, sobretudo a partir de uma análise dos diversos fenômenos jurídicos acarretados pelos múltiplos fluxos sociais contemporâneos. (RIBEIRO, ALMEIDA, 2011, p. 18).

Compreender materialmente o direito estrangeiro e o direito nacional, em uma era em que a vida e as atividades humanas estão em constante mobilidade, propõe o estudo da pessoa humana na sua dimensão internacional, posto que a defesa de seus direitos além de seu habitat normal evoca uma série de fenômenos de natureza jurídica que devem ser enfrentados não somente na circunstância isolada dos Estados, mas principalmente pelas entidades regionais e internacionais no plano coletivo (DOLINGER, 2012, p. 8).

Breve panorama da (não) proteção legal à vida familiar da pessoa LGBTI – norma jurídica homofóbica?

As regras de conexão aplicáveis aos casamentos e uniões entre pessoas do mesmo sexo merecem considerações especiais 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 deveras cautelosos na regulamentação das regras de conexão aplicáveis nos referidos casos, porque o direito material da grande maioria dos países ainda não reconhece tais situações.

Segundo relatório anualmente divulgado pela Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Intersexuais (ILGA⁵), com relação ao reconhecimento de direitos, 22 nações permitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo⁶, enquanto em outros 27 países⁷, os casais homoafetivos contam com o reconhecimento de suas uniões civis,

⁴ No decurso histórico, o Direito Internacional Privado evoluiu-se à análise das regras para solução de conflitos de leis no espaço, envolvendo situações permeadas por algum elemento de estraneidade. Ver DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

⁵ Sigla em inglês para “International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association”. Disponível em: <https://www.ilga-europe.org/>. Acesso em: 7 mar 2017.

⁶ Até a presente data, a lista de países inclui a Holanda (2001), Bélgica (2003), Espanha e Canadá (2005), África do Sul (2006), Noruega e Suécia (2009), Portugal, Argentina e Islândia (2010), Dinamarca (2012), Brasil, Uruguai, Nova Zelândia e França (2013), Inglaterra, País de Gales, Escócia e Luxemburgo (2014), Finlândia, Irlanda e Estados Unidos (2015).

⁷ Os estatutos legais de união civil, parceria civil, união de facto, parceria registrada, parceria não-registrada e coabitação não-registrada estão disponíveis para casais do mesmo sexo, até o presente momento, em: Andorra, Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Brasil, Chile, Chipre, Colômbia, Croácia, República Checa, Equador, Eslovênia, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Israel, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Nova Zelândia, Eslovênia, Suíça, Reino Unido e Uruguai. Esses tipos de uniões também estão disponíveis em algumas partes do México e Estados Unidos.

com direitos similares aos casais heterossexuais. A adoção de crianças por casais homossexuais é admitida em 25 nações⁸ em igualdade de condições que os casais heterossexuais – entre elas o Brasil.

A opção de casamento igualitário não é apenas a expressão mais elevada em termos de proteção concebível para um casal do mesmo sexo, mas uma etapa na evolução do direito da família, que mais cedo ou mais tarde vai ser alcançado por todas as legislações.

O casamento surgiu originalmente como uma instituição patrimonial, através do qual as grandes famílias perpetuavam seus bens e propriedade, uma instituição de regulamentação do patrimônio em que o pai-marido exercia o seu poder sobre a mulher e sobre os seus filhos, e por muito tempo, foi somente uma instituição religiosa com a exclusão dos incrédulos e até mesmo determinados profissionais, como artistas, para, enfim, tornar-se uma instituição civil na qual se fez alterações significativas nas últimas décadas⁹.

No decurso histórico, o tratamento legal discriminatório em razão da orientação sexual pode ser apreendido dos mais diversos textos legais, como exemplo, quando em 1988, na Inglaterra, a seção 28 da Lei de Governo Local afirmou que os casais do mesmo sexo são “famílias de mentira”¹⁰, termo que pendurou no ordenamento inglês até sua completa revogação em 2003.

De semelhante sorte, o tratamento homofóbico com vestes de rigor legal resta patente vis-à-vis o fracasso das leis nacionais de imigração dos estados europeus para reconhecer os casais de mesmo sexo como famílias, erigindo obstáculos à livre circulação de cidadãos e seus parceiros no direito comunitário. Falham ainda as leis de imigração dos Estados Membros ao considerar as reivindicações de requerentes de asilo de pessoas lésbicas e gays de fora da UE, o que culmina no absurdo de forçar esses indivíduos a retornar aos seus países de origem, onde arriscam sofrer persecução criminal pela sua ‘atividade homossexual’.

Da mesma forma, em países que permitem que indivíduos não casados adotem crianças, legislação ou políticas que excluam indivíduos lésbicas e homossexuais dessa oportunidade podem ser concebidos como homofóbicos, como expressamente declarado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *EB v France* (2008), que considerou (por 14 votos a três) que esta forma de exclusão legislativa é uma discriminação que viola o artigo 14.º da CEDH (proibição de discriminação), combinado com o artigo 8 (respeito à vida privada e familiar).

⁸ Até o presente momento, Holanda (2001), África do Sul (2002), Suécia (2003) Espanha, Inglaterra e País de Gales (2005) Bélgica e Islândia (2006), Israel (2008), Noruega, Escócia e Uruguai (2009), Argentina, Brasil e Dinamarca (2010), Canadá (2011), França, Nova Zelândia e Irlanda do Norte (2013), Andorra e Malta (2014) Colômbia, Irlanda, Luxemburgo e Estados Unidos (exceto Mississipi) (2015), Portugal, Áustria e Groelândia (2016), Finlândia (2017).

⁹ A introdução do divórcio, o reconhecimento de direitos às mulheres na perspectiva da igualdade entre cônjuges, a evolução do direito a uma infância com o fim da distinção entre filhos legítimos e naturais, prova de que o direito de família é uma das instituições legais mais sujeita a mudanças, porque a regulação de uma relação sexual e emocional entre duas pessoas, mais do que em outros âmbitos, impõe a adequação no que diz respeito à evolução social.

¹⁰ Tradução do inglês de ‘pretended families’. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/9/section/28/enacted>. Acesso: 23 jun 2017.

A mensagem enviada pelo Tribunal aos Estados Membros é clara: uma pessoa que pretende adotar não pode ser prevenida de tal forma, apenas com base na sua homossexualidade. Não se pode mais recusar a adoção à uma pessoa, nem ao menos retirar a sua responsabilidade parental, apenas com base em sua orientação sexual.

De uma perspectiva sociológica ou antropológica, embora mecanismos de discriminação operacionais na sociedade tenham sido bem identificados e descritos, nem sempre é fácil falar abertamente sobre a “discriminação” esculpida nos sistemas legais. Tanto os políticos como os operadores do Direito são influenciados pela sociedade em que cresceram e vivem. Por isso, podem incorporar (às vezes criticamente) estereótipos, preconceitos e até mesmo estigmas sociais em relação a certos grupos. O mais difícil e importante desafio talvez seja evitar que esses fatores (pouco conhecimento direto, ou medo ou preconceito contra o grupo) influenciem o seu julgamento e trabalho. Além do pensamento potencialmente discriminatório desses atores individuais, a dificuldade, da análise do Direito, é determinar quando um Estado está violando seus deveres constitucionais e internacionais de não discriminação, igualdade de tratamento e respeito pela dignidade humana. (TRAPPOLIN et. al, 2012).

Embora seja claro que os mecanismos de discriminação funcionam a nível social, às vezes é mais difícil conceituar a discriminação pela lei. No entanto, as decisões coletivas dos membros de uma legislatura para aprovar novas leis discriminatórias, recusar-se a revogar as existentes, ou se recusar a proibir a discriminação por parte de atores públicos e privados, dificilmente podem ser descritas como algo diferente de “discriminação legal”.

A contundente questão do reconhecimento legal de casais de mesmo sexo na União Europeia

Quanto a análise dos aspectos volitivos do procedimento de reconhecimento legal das relações entre casais, sabe-se que há, muitas vezes, a necessidade de registro do casamento ou da união civil – a constar de certidões que devidamente comprovem a situação familiar *de facto* – no banco de dados de uma nação. Há situações, contudo, em que o reconhecimento do casamento ou da união *per se* não é exigido, mas é *condição* para invocar direito ulterior que depende necessariamente do prévio reconhecimento da relação.

Tais direitos, no contexto da comunidade europeia, por exemplo, incluem o direito de livre circulação, englobando o direito de entrada e residência de membros familiares de nacionais europeus em outro Estado-Membro.

Em que pese o procedimento de reconhecimento *per se*, as normas de direito internacional privado são aplicadas, abrangendo convenções internacionais, fontes de direito comunitário e a legislação pátria do Estado-Membro.

Na hipótese de cônjuges, companheiros ou conviventes que desejam conjuntamente ingressar outro Estado-Membro e ali residir, não é necessário submeter a união a um prévio procedimento de reconhecimento – este, normalmente, é parte do procedimento administrativo do pedido de residência. O reconhecimento legal neste caso, portanto, assume

caráter de questão preliminar a ser resolvida pelo órgão de administração do Estado-Membro antes que um registro ou autorização de residência seja emitido ao cônjuge do mesmo sexo ou companheiro e convivente devidamente reconhecido.

Como bem dispõe Toner (2004), confirmando a previsão apresentada na problemática deste artigo, a priori, o reconhecimento depende de previsão legal no ordenamento do Estado-Membro que os acolhe, o que significa que as situações mais difíceis podem surgir em países sem modelos análogos de união estável ou parcerias civis.

No que diz respeito a situação de cônjuges no direito comunitário, verifica-se que a Diretiva 2004/38/CE carece de qualquer orientação específica quanto à inclusão de cônjuges de mesmo sexo em seu texto legal, muito embora, assim como “cônjuge” em português, o termo “spouse” tenha conotação de gênero neutra, não podendo ser invocado como obstáculo a proteção do cônjuge de mesmo sexo.

Mais ainda, a Diretiva também não especifica se há uma diferença entre os cônjuges que se casaram na União Europeia ou fora dela. Por ora, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) foi chamado a decidir somente quanto à extensão da definição de casamento a incluir também a união estável¹¹, mas ainda não foi provocado a decidir se um casamento entre pessoas de mesmo sexo contraído num Estado-Membro deve ser reconhecido em outro.

Ainda assim, esta é a tarefa que o TJUE terá que executar a menos que a Diretiva seja alterada para tornar a questão clara. Os argumentos a favor de tal interpretação têm sido amplamente desenvolvidos por Rijpma e Koffeman (2014), que argumentam que se o TJ interpretar o termo “cônjuge” – no âmbito da Diretiva – de forma autónoma, de modo a incluir apenas os parceiros de sexos diferentes, isto deixaria casais de mesmo sexo privados de reconhecimento do seu estado civil nos termos da legislação da EU, e poderia deixar um número considerável de casais sem reconhecimento.

Quanto às uniões e parcerias civis, uma série de questões precisam ser esclarecidas. Em primeiro lugar, se a possibilidade de união entre casais de mesmo sexo está disponível no Estado-Membro acolhedor; e em segundo lugar, em caso afirmativo, se o modelo de união é equivalente ao casamento.

Todavia, o sentido do termo “equivalente ao casamento” não é claro. Ainda não está definido se as uniões devem conter todos os direitos reconhecidos aos cônjuges, ou se o modelo de união, mesmo ante a ausência de direitos assegurados aos cônjuges, pode ainda ser considerado equivalente ao casamento. Esta questão continua a ser objeto de interpretação judicial nos tribunais nacionais, o que significa que somente o litígio pode indicar uma resposta.

Um exemplo de uma pergunta que os tribunais enfrentariam é se um casal, originalmente de um Estado-Membro com diminuta proteção legal à união estável, que se mudou para um Estado-Membro com as leis mais protetivas manteria seus direitos após o retorno ao Estado-Membro original. Da mesma forma, persiste a dúvida quanto aos companheiros que,

¹¹ Ver caso Corte Europeia de Justiça, Comissão vs. Anton Pieter Roodhuijzen, C T-58/08.

registrados num modelo de união equivalente ao casamento, posteriormente, mudando-se para um país com leis restritivas experimentaríamos uma degradação da sua união. Além disso, a Diretiva não dispõe de qualquer referência às uniões registadas fora da UE e se elas devem ou não ser tratadas de forma diferente do que as uniões registadas na UE.

Nesse contexto de incerteza, uma política generalizada de recusa de autorização de entrada ou residência para casais de mesmo sexo violaria a Diretiva.

Rijpma e Koffeman (2014) também salientam que, no caso *Comissão vs. Germany*¹², o Tribunal reconheceu que “a possibilidade de um cidadão da UE de ser acompanhado por seu companheiro, independentemente do estatuto legal de seu relacionamento, é fundamental para a livre circulação de pessoas”. Caso o reconhecimento dependa inteiramente do Estado-Membro acolhedor, a livre circulação das famílias arco-íris seria seriamente restringida”.¹³

Ora, o reconhecimento das relações familiares não é necessário somente para garantir o exercício efetivo dos direitos de livre circulação, independentemente do sexo dos parceiros, mas também para garantir o respeito do direito à vida familiar garantido pelo artigo 8.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), com muito mais razão, destaca-se o fato de que os casais do mesmo sexo gozam da proteção desta disposição, como confirmado no caso *Schalk e Kopf vs. Austria*¹⁴ e reiterado na *Vallianatos e outros vs. Grécia*¹⁵, delineando os contornos da proteção a fim de garantir o respeito da proibição de discriminação em razão da orientação sexual codificadas no artigo 21(1) da Carta dos Direitos Fundamentais.

O reconhecimento de relacionamentos do mesmo sexo também estaria em perfeita harmonia com o princípio do reconhecimento mútuo dentro da UE. Tryfonidou (2014) argumenta que, embora os Estados-Membros sejam livres para recusar o reconhecimento legal de relações do mesmo sexo em situações de ordem puramente interna, eles não são livres para fazê-lo em caso de relações do mesmo sexo dos cidadãos migrantes da União, pois isso pode elevar-se a uma violação da lei comunitária europeia. Guild, Peers e Tomkin (2014), no entanto, indica a posição do Conselho, em que as disposições de direito da família atuais do Estado-Membro acolhedor são os únicos competentes para tal reconhecimento, caso contrário, o problema da “discriminação inversa” poderia surgir.

Superados os pressupostos iniciais do artigo, verifica-se que, no contexto europeu, o reconhecimento da união de casais de mesmo sexo tem evoluído a partir de diretrizes fixadas pelo Direito Comunitário, o que exige, portanto, a análise casuística de jurisprudência europeia de modo que se possibilite sopesar a que passo está a harmonização dos ordenamentos nacionais face a construção legislativa internacional.

¹² Corte de Justiça Europeia, *Comissão vs. Alemanha*, C 249/86

¹³ Corte de Justiça das Comunidades Europeias CJEU, *Gerardo Ruiz Zambrano vs. Office national de l'emploi*, C-34/09.

¹⁴ Corte Europeia de Direitos Humanos, *Schalk and Kopf vs. Austria*, Aplicação No. 30141/04.

¹⁵ Corte Europeia de Direitos Humanos, *Vallianatos e outros vs. Grécia*, Aplicação No. 29381/09 and 32684/09.

Tribunais italianos contra o reconhecimento: rigor técnico à dogmática jurídica interna?

No tocante a mobilidade internacional das famílias arco-íris, os tribunais italianos podem auxiliar ao leitor a compreender como os empecilhos à garantia dos direitos da pessoa LGBTI têm sido armados frente ao reconhecimento de uniões homoafetiva. As leis italianas sobre a livre circulação e o reagrupamento familiar, que formalmente implementam as diretrizes da UE, excluem os casais homossexuais afastando de modo absoluto qualquer tipo de reconhecimento da parceria entre pessoas do mesmo sexo. A resistência a aceitar a homossexualidade como um estado “normal” para um indivíduo é ainda mais clara nas decisões de refugiados do Tribunal de Cassação italiano, que rejeitam a existência de legislação criminal sancionatória para aqueles que “agem de maneira homossexual” como motivo suficiente por pedir proteção internacional.

Limitar o direito fundamental da livre circulação e do reagrupamento familiar de todos os cidadãos da UE, direta ou indiretamente, com base na sua orientação sexual, pode ser encarado como uma forma de homofobia. Embora nenhuma regra legal limita explicitamente os direitos à liberdade de circulação, reunificação familiar ou asilo com base na orientação sexual (uma regra explícita seria uma violação clara e direta da Constituição italiana, artigo 3, princípio da igualdade), em muitas situações, o exercício desses direitos é impedido ou dificultado para casais de mesmo sexo.

Em que pese a insistente negativa de reconhecimento de casamento entre pessoas de mesmo sexo, o Tribunal de Cassação italiano fundamenta as suas decisões em dois principais argumentos, quais sejam, (i) o casamento ou a união celebrada carece de requisitos constitutivos essenciais – segundo a constituição italiana, as partes (‘marido e mulher’) são entes de sexo oposto –, e desta sorte, a união civil ou o casamento entre pessoas de mesmo sexo inexistem juridicamente; e ainda o argumento de (ii) violação da ordem pública caso reconheçam a união ou o casamento entre partes de mesmo sexo.

Muito embora sejam argumentos dissemelhantes, foram muitas vezes invocados juntos. Ora, se o status *persona* não existe (isto é, nunca foi adquirido pelas pessoas a que se referem), obviamente não pode produzir nenhum efeito; somente se o status pessoal existe (ou seja, foi realmente adquirido pelas partes concernentes), ele pode produzir efeitos que violariam o princípio da ordem pública do Estado. Destarte, ambos os argumentos não podem ser cumulados: ou o status *persona* existe e fere a ordem pública interna, ou ele não existe de forma alguma.

Ressalte-se tamanho contrassenso, posto que ambos os argumentos partem de pontos distintos na percepção do conflito de leis no direito internacional privado. Ao entender que a união homoafetiva realizada no exterior inexistente, os tribunais italianos o fazem na perspectiva que a *lex fori* deve ser a lei aplicada ao casamento ou a união, e tendo em vista que a *lex fori* determina que as partes sejam de “sexo oposto”, a união entre casais de mesmo sexo falha no preenchimento de seu requisito de existência, e, portanto, nunca existiu ou produziu efeitos.

De outra sorte, ao negar o reconhecimento do casamento com base na violação da ordem pública interna do Estado, o tribunal nacional o faz entendendo que a lei estrangeira é aplicada à união, e, portanto, a união existe, mas deve ser desconsiderada e esvaída de efeitos na perspectiva interna posto que estes feririam princípios fundamentais do Estado do foro.

De fato, há no contexto jurídico italiano verdadeiro obstáculo¹⁶ ao exercício da livre circulação de casal homossexual com casamento celebrado no estrangeiro. De forma kafkiana, a *Corte di Cassazione* italiana¹⁷ decidiu que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não pode ser entendido como “inexistente” – pois confrontaria diretamente entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, mas de toda sorte, se perfaz incapaz de produzir efeitos dentro da ordem jurídica italiana.

A própria Constituição italiana, imporia ao legislador o dever de intervir, tendo em vista que, apesar do fator da não discriminação com base na orientação sexual não ser constitucionalizado – e também não o é no Brasil – pode-se argumentar que este fator da não discriminação se enquadra nas “circunstâncias pessoais” do art. 3 da Constituição italiana, sendo, portanto, um dever constitucional que permanece não executado pelo legislador.

Além disso, a política de não discriminação com base na orientação sexual é regulamentada na Itália apenas para órgãos administrativos ou regiões de governos locais e municípios. Ante a ausência de uma regulamentação abrangente a nível nacional, é equivalente a definir o detalhe de uma estrutura, que, no entanto, ainda não foi totalmente construída, de modo que em um nível mais substantivo de proteção em termos de direitos, se trata de formas de pressão para que o legislador nacional intervenha no campo.

O tratamento da pessoa LGBTI nos modelos legais

A questão dos casais do mesmo sexo e seus status perante os tribunais serve como um marco privilegiado para avaliar o raciocínio, o escopo, as potencialidades e limites da atividade judicial, especialmente no que diz respeito ao papel dos juízes quando enfrenta questões que estão repletas de implicações culturais, religiosas, sociais, e num sentido amplo, implicações políticas.¹⁸ Ademais, é notável que algumas jurisdições são tão sensíveis ao tema que mantêm

¹⁶ Importante destacar que as construções tradicionais ou religiosas devem ser afastadas em favor da proteção de direitos da pessoa humana, não sendo posta em discussão qualquer “modelo” de família, mas de outra sorte, a proteção da pessoa somente visa enfatizar a dignidade de cada indivíduo, dos quais a orientação sexual é uma expressão.

¹⁷ Corte di Cassazione. Julgado de 12 de março de 2012. Processo n° 4184. Esse julgado demonstra uma clara intenção em desenhar uma sofisticada (mas inexplicável) distinção entre um casamento “inexistente” e um casamento que não produz efeitos jurídicos. Em outras palavras, segundo a Corte di Cassazione, uniões homoafetivas ainda não possuem lugar no ordenamento jurídico nacional italiano.

¹⁸ Nesse sentido, analisar a relação entre tribunais superiores e legislações como discutido em ZAGREBESKY Gustavo. Princípi e voti. La corte costituzionale e la politica. 1ª Ed. Torino: Einaudi, 2005. A este respeito, a jurisprudência examinada mostra claramente a existência de diferentes tipos de comportamento judicial: desde uma interpretação deferente e/ou autocontida da lei, a uma abordagem resiliente, flexível ou mesmo ativista.

uma visão de que a mera questão da formação de família LGBTI, suscitada mesmo que de forma incidental, conflita de modo sobrenatural com a ordem pública interna de seu país.

É questionável se a veemente negação dos desenvolvimentos jurídicos na seara do direito da família é realista e justa para os interesses legítimos das partes e de terceiros envolvidos. Frise-se que uma negação tão rigorosa conflitaria com a ideia básica das regras de conflito de direito internacional privado, direito este descrito pelo lendário advogado argentino-alemão Werner Goldschmidt (1974) em sua obra como “direito de tolerância”. Resta dizer, e com referência a uma antiga tradição, o digo: a negação total é problemática, tendo em conta a cooperação necessária entre as diferentes jurisdições.¹⁹

Compete à Comissão Europeia a tomar medidas nesta área. A União Europeia tem um compromisso louvável para garantir os direitos humanos fundamentais para todos os seus cidadãos, e acima de tudo entre estes é o direito à igualdade perante a lei. Deixar de agir enfraqueceria este compromisso. A Comissão Europeia deve primeiro esclarecer sem ambiguidade que o termo “cônjuge”, quando e onde ele é usado, de fato incluem cônjuges do mesmo sexo. Deve, além disso, codificar princípio do Estado-Membro de origem, em que unidades familiares LGBTI não podem ter o seu estatuto jurídico e proteções de qualquer maneira reduzida na eventual mudança para um país com leis de união civil menos favoráveis. Esta abordagem da Comissão também deve especificar que os casais que se deslocam de regimes jurídicos menos favoráveis a Estados com regimes jurídicos mais benéficos possam ter o seu estatuto reforçado, sob risco de que essas pessoas sejam presos em regimes desfavoráveis simplesmente por acidente de nascimento.

De toda sorte, aparentemente qualquer progresso em relação a estas questões será lento e alcançado apenas através de medidas parciais. Provavelmente, a partir da cooperação internacional pela simplificação dos procedimentos quanto ao reconhecimento de documentos, em primeiro lugar na área comercial e econômica. Um exemplo é a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à promoção da livre circulação de cidadãos e empresas, simplificando a aceitação de certos documentos públicos na União Europeia e que altera o Regulamento (UE) n.º 1024/2012 (COM / 2013/228). A proposta afirma explicitamente que o reconhecimento só diz respeito ao documento – não o conteúdo – a partir do qual os direitos legais são derivados.

O avanço da história civil da Europa ocorre não somente como a instituição que “governa a economia”, mas também como a instituição que orienta a política dos direitos civis dos Estados-Membros; mais cedo ou mais tarde, para nunca mais ser a retaguarda na Europa, os demais Estados-Membros serão forçados a legislar - em termos de proteção jurídica - sobre os muitos aspectos que dizem respeito à orientação sexual de uma pessoa. Em última análise, considerando a posição adotada nesta pesquisa, pode-se concluir, em suma, que a proteção jurídica de pessoas LGBTI é uma questão de igualdade.

¹⁹ Nesse mesmo sentido, é possível supor que as regras de direito internacional privado perpassam um longo caminho de respeito ao conflito de normas que competem na complexa sociedade da contemporaneidade. Harmonia é a unidade das diversidades.

Conclusão

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 eventual preferência de uma lei estrangeira deve significar a opção pela defesa da diversidade, da igualdade e do respeito às liberdades fundamentais em detrimento à um ordenamento discriminatório frente à orientação sexual dos indivíduos, sem que isso represente qualquer diminuição da sua dignidade ou de seus entes queridos. Evidentemente que a regulamentação e incorporação das distintas situações familiares está intimamente ligada à legitimação dos direitos das minorias sexuais, que conjugado com a perspectiva de liberdade fundamental e mobilidade da pessoa na sociedade da contemporaneidade reflete a necessidade de internacionalização das relações familiares transnacionais nas suas distintas feições.

Com efeito, quanto à aplicação das regras de Direito Internacional Privado – calcado em um contexto social no qual se busca a realização da diversidade, da tolerância e do respeito às diferenças – às entidades familiares, a eventual preferência de uma lei estrangeira significará a opção pela defesa da diversidade, da igualdade e do respeito às liberdades fundamentais em detrimento à um ordenamento discriminatório frente à orientação sexual dos indivíduos, sem que isso represente qualquer diminuição da sua dignidade ou de seus entes queridos.

Por certo que a união entre pessoas do mesmo sexo está envolta numa equívoca problemática na conjuntura legislativa atual, o que obscurece ainda mais a aplicação das regras de Direito Internacional Privado do ordenamento jurídico brasileiro, que, reitero, pressupõe tratamento de mesma sorte para as questões das relações homoafetivas internacionais que possam vir a se vincular a algum elemento jurídico nacional.

Urge-se, portanto, não só desmedidos esforços jurisprudenciais, nem tão somente atenção do ponto de vista da atualização legislativa, mas sobretudo, relevante ponderação doutrinária acerca da aplicação, reconhecimento e amplitude da lei material estrangeira para a proteção da dignidade humana e do direito fundamental à liberdade de orientação sexual no contexto internacional da sociedade contemporânea.

Referências

- ARAÚJO, 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 Editora.
- BORRILLO, Daniel. Homofobia: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.
- DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado: parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

- GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho internacional privado, derecho de la tolerancia. Buenos Aires: El Derecho, 1974.
- GUILD, Elspeth; PEERS, Steve; TOMKIN, Jonathan: The EU Citizenship Directive. A Commentary. London: Oxford University Press, 2014.
- RIJPMA, Jorrit; KOFFEMAN, Nelleke: Free Movement Rights for Same-Sex Couples Under EU Law: What Role to Play for the CJEU? In: GALLO et al. (eds), Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions, Springer-Verlag, 2014.
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. A Cinemática Jurídica Global: conteúdo do Direito Internacional Privado contemporâneo. Rio de Janeiro: Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 1, 2011.
- RIOS, Roger Raup. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SHAKESPEARE, William. Romeu e Julieta. Trad. Beatriz Viégas-Faria, Porto Alegre: Col. L&PM Pocket.
- TONER, Helen: Partnership Rights, Free Movement, and EU Law, Hart Publishing, 2004.
- TRAPPOLIN, Luca; GASPARINI, Alessandro; WINTEMUTE, Robert. Confronting Homophobia in Europe – Social and Legal Perspectives. Oxford and Portland: Hart Publishing Ltd., 2012.
- TRYFONIDOU, Alina. EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: The Case for Mutual Recognition. Columbia Journal of European Law, 2014.
- ZAGREBESKY, Gustavo. Principi e voti. La corte costituzionale e la politica. 1ª Ed. Torino: Einaudi, 2005.