

A QUESTAO DA LEGALIDADE DA RELAÇÃO HOMOAFETIVA NO BRASIL

Claudia Regina Leonel Laghi

Denise de Souza Martins

Eduarda Santoro

Fernanda Moura

Juliana Amâncio

RESUMO

O trabalho a seguir tem como objetivo mostrar a desigualdade entre os casamentos heterossexuais e as uniões homoafetivas e as dificuldades enfrentadas nesse novo contexto em nossa sociedade, procurando dar uma atenção especial à essas constantes transformações sociais que tornam cada vez mais complexas as relações jurídico sociais exigindo cada vez mais a intervenção dos operadores do direito, sendo de extrema importância que tenhamos a consciência de reformularmos nossas convicções no sentido de atender os interesses da sociedade, ultrapassando os limites impostos pela lei que muitas vezes não conseguem acompanhar tais mudanças.

ABSTRACT:

The work that follows has as its own objective demonstrate the inequality between the heterosexual marriage and homosexual coupling, and also the difficulties faced in this new context inserted in our society, looking for giving an especial attention to this constant social transformations that turn more and more complex the relations legal-socials demanding more and more the intervention of the law operators, being of a extreme importance that we get conscious enough to reformulate our convictions in the meaning of attending the society interests, overcoming the edges imposed by law that many times are just not able to follow such changes.

PALAVRAS CHAVE: União Homoafetiva. União Homossexual. Igualdade. Direitos Humanos. Casamento. Código Civil. Jurisprudência. Evolução Doutrinária. Justiça.

SUMÁRIO: 1. Introdução- 1.1. Metodologia de Coleta e Análise dos Dados- - 2. Desenvolvimento -2.1. Visão Geral - 2.2. União homoafetiva em outros países - 2.3 .A questão da adoção - 3. Conclusão - 4. Referências Bibliográficas.

1-INTRODUÇÃO

A igualdade é almejada por todos e em todos os tempos. Está proclamada nas Declarações de Direitos Humanos no mundo ocidental. No Brasil, é consagrada no limiar do ordenamento jurídico pela Constituição Federal, que assegura, já em seu preâmbulo, "o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos.

Há doze (12) anos o Projeto de Lei n.º 1.151/95, da então Deputada Marta Suplicy, aumenta a pilha das propostas engavetadas na Câmara dos Deputados. O texto propõe a Legalização da Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo, o que significa que os casais homossexuais passariam a usufruir de direitos como:

Recebimento de heranças, pensões, plano e saúde em comum e aquisição de bens conjuntos.

O Novo Código Civil manteve silêncio com relação às uniões homossexuais, ignorando regras na prática já adotadas, verificando que a democratização do Judiciário não pode apenas e tão somente viabilizar o acesso à justiça para um número maior de cidadãos, essa democratização é bem mais profunda do que o visto, não adianta ter poder que atinja um maior número de pessoas, se as leis e as decisões proferidas por esta justiça apresentarem injustas e favorecerem a uma minoria privilegiada.

2-DESENVOLVIMENTO

2.1 Visão geral:

Consideramos a questão da homoafetividade muito relevante, visto que existe uma corrente de juristas que demonstram a preocupação com a problemática já existente há muito tempo; e sem a legalidade e atenção com que deveria ser tratada.

No Brasil, o assunto ainda é polêmico, principalmente na esfera judicial. Nesse campo “O legislador tem os olhos voltados para trás”, como afirma a desembargadora e presidente da câmara de direito de família e sucessões do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias. Segundo Berenice, a união homossexual esta percorrendo o mesmo caminho da união estável entre pessoas do mesmo sexo – também chamada de união extraconjugal ou concubinato, que levou 70 anos para ser reconhecida na constituição federal.

A lei não consegue acompanhar o acentuado desenvolvimento econômico, político e social dos dias de hoje, e sua estrutura não tem condições de prever todos os fatos sociais dignos de regramento. Em particular, os vínculos interpessoais são os mais sensíveis à evolução dos costumes, à mudança dos valores e dos conceitos de moral e pudor. Dada a aceleração com que ocorrem, as mudanças sociais escapam da legislação tradicional.

Perante as lacunas que acabam ocorrendo, os legisladores têm uma necessidade de conscientização de que as regras legais não devem restringir à prestação jurisdicional. Não se trata de uma forma alternativa de se fazer justiça, mas sim de encontrar uma solução atendendo aos ditames de uma ordem constitucional.

Nossa legislação não reconhece o matrimônio ou a união estável de casais homossexuais. Por falta de lei específica que regule essas uniões, é comum que eles recorram a contratos de união entre pessoas do mesmo sexo; que nada mais é que um documento público, assinado diante de testemunhas e registrado em cartório, onde o casal reconhece a relação de convivência, podendo definir o regime de partilha de bens, a tutela dos filhos e nomear o companheiro como seu procurador para administrar o patrimônio em caso de morte, acidente ou doença. Esse documento permite requerer pensão na previdência e o direito de colocar cônjuge como dependente no plano de saúde, e existindo o contrato não é preciso comprovar que o casal tinha intenção de ser reconhecido como uma família. Outra

possibilidade é constituir uma sociedade de fato, na qual a união é feita nos termos de uma sociedade comercial: ambos têm direitos sobre os bens que foram adquiridos durante a sociedade; A desvantagem dessa opção é que ela não garante acesso a direitos que são concedidos a um casal heterossexual, como a pensão em caso de morte e a partilha da herança. Vale lembrar que, se surgir uma disputa, como pensão ou herança, caberá ao juiz tratar ou não o caso utilizando os mesmos parâmetros da união heterossexual.

A Desembargadora Maria Berenice Dias diz em um artigo:

Para a cristalização dos vetores ditados pelo judiciário há ainda outra barreira que se mostra quase intransponível: a inacessibilidade dos julgamentos e a ausência de prestígio das decisões de primeiro grau. Apesar de todo o avanço tecnológico existente na sociedade moderna, a busca pela jurisprudência é uma tarefa praticamente irrealizável. Seja pela falta de um sistema de informação unificado, seja pela má qualidade dos servidores dos tribunais, as pesquisas são inviáveis e, no mais das vezes, mal sucedidas. (Dias, Maria Berenice)

Analisando o atual contexto do nosso país, podemos dizer que ele se encontra num processo de concretização de mudanças na legislação, como já ocorre há algum tempo em certos países.

2.2 A união homoafetiva em outros países:

A Holanda foi a pioneira no mundo na lei que permite o casamento de pessoas do mesmo sexo, e seguindo o exemplo, a Argentina, tornou-se o primeiro país da América Latina a aprovar o casamento homossexual. Além desses países, outros nove reconhecem o casamento com plenos direitos: África do Sul, Bélgica, Canadá, Espanha, Islândia, Noruega, Portugal, Suécia e Suíça. O direito também existe em cinco estados dos EUA além da capital federal; e no México, apenas na capital.

Como o Brasil, alguns países ainda estão em processo de desenvolvimento e formalização, no Uruguai, a lei já permite a união civil.

Em contrapartida, há dezenas de outros países, a maioria deles na África e no sul da Ásia, que consideram o homossexualismo um crime, chegando ao extremo de penas como chibatadas no Chipre, prisão no Burundi e pena de morte como acontece em Mauritânia, Arábia Saudita, Sudão, Irã e Iêmen.

Vale ressaltar que como aqui no Brasil não há legislação específica sobre o tema, a união realizada no exterior não terá validade, mas é uma prova da intenção de formar família, assim como o contrato de união citado no início.

Na busca pela igualdade de direitos também em uniões homoafetivas, Maria Berenice Dias pondera:

De nada adianta assegurar respeito à dignidade humana, à liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver segmentos que sejam alvo da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em estados democráticos. (Dias, Maria Berenice)

Portanto, justifica-se a presente pesquisa buscando fornecer uma formação mais humanista do tema e abordagens divergentes no mundo.

2.3 A Questão da Adoção

No Brasil, vem crescendo muito o número de homossexuais que se candidatam à adoção. Apesar de ainda ser de forma tímida, a adoção a um homossexual vem sendo concedida, não havendo mais necessidade de se ocultar sua orientação sexual para a habilitação. O curioso é que os pretendentes sequer são questionados sobre se vivem um relacionamento homoafetivo. Assim, é deferida a adoção sem atentar em que a criança irá viver em um lar formado por duas pessoas e que será criada e amada por ambas.

No entanto, permanece a resistência em ser concedida a adoção a um casal que mantém uma união homoafetiva. As justificativas são muitas: problemas que a criança poderia enfrentar no ambiente escolar; ausência de referenciais de ambos os sexos para seu desenvolvimento; obstáculos na Lei dos Registros Públicos. Mas o motivo é um só: o preconceito. Há uma enorme resistência em aceitar os pares de pessoas do mesmo sexo como família. Existe o preconceito de que se trata de relacionamento sem um perfil de retidão e moralidade que possa abrigar uma criança.

O trecho do artigo a seguir exemplifica bem o exposto acima:

Como meio de burlar as dificuldades impostas, muitos homossexuais candidatam-se isoladamente à adoção, sem mencionar o parceiro. Ironicamente, a adoção viabilizada desta forma é lesiva aos interesses da própria criança, que fica sem proteção jurídica de um dos pais. Para preservar a moral e os bons costumes, sacrifica-se o Direito, e, aí sim, arrisca-se a integridade da criança. Talvez, uma abordagem menos preconceituosa e mais pragmática do tema abrisse à milhares de crianças rejeitadas pelos pais biológicos a possibilidade de gozarem de um lar

íntegro, afetuoso e acolhedor. (Rosset, Rafael Guimarães e Silva, Edson Roberto - artigo)

Essa aparente intenção de proteger as crianças, porém, só lhes causa prejuízo. Vivendo em famílias homoafetivas e possuindo um vínculo jurídico com relação a apenas um do par, resta absolutamente desamparada com relação ao outro, que também é considerado pai ou mãe. A ausência do estabelecimento de uma relação reconhecida juridicamente provoca a absoluta irresponsabilidade de um dos genitores para com a criança.

Felizmente essa postura omissiva da Justiça vem sendo superada, passando a atender a tudo que vem sendo construído doutrinária e jurisprudencialmente na identificação dos vínculos de parentalidade. A filiação socioafetiva se sobrepõe sobre qualquer outro vínculo, quer biológico, quer legal.

Para Maria Berenice Dias é injustificável a resistência à adoção por casais homossexuais e conclui:

Como a homossexualidade sempre foi vista como uma perversão, uma aberração, os relacionamentos homossexuais ainda hoje são considerados instáveis e promíscuos, sem condições de abrigar um infante. Tanto não são vistos como uma família, que somente em escassos países é admitido o casamento de pessoas do mesmo sexo. No máximo, e isso em raros lugares, é reconhecida a união civil, sem, no entanto, ser permitida a adoção. As justificativas não podem ser mais descabidas, sem disfarçar a discriminação e o preconceito. A alegação mais comumente utilizada é de que uma criança, para desenvolver-se de maneira sadia, necessita de um modelo masculino e um feminino. Assim, precisa de um pai e de uma mãe, sob pena de comprometer sua identidade sexual e sofrer rejeição no ambiente escolar e no meio social. Essa assertiva não se sustenta, até porque sérios trabalhos, no campo da psicologia e da assistência social, negam a presença de sequelas no desenvolvimento saudável de quem foi criado por dois pais ou duas mães.

Assim, de todo descabido que os operadores do direito invoquem questões não jurídicas para justificar seus preconceitos. Negam-se direitos com fundamentos de outras áreas do conhecimento, as quais não referendam tais conclusões.

Parece que agora a Justiça, finalmente, tomou consciência de que recusar a chancela judicial não impede que as pessoas busquem a realização de seus sonhos. Assim, mesmo que o legislador se omita em editar leis que assegurem direitos às uniões homoafetivas, nem por isso os homossexuais vão deixar de constituírem família. Igualmente, não admitir que ambos adotem, não impede que crianças passem a viver em lares formados por pessoas do mesmo sexo. (Dias, Maria Berenice)

Negar a possibilidade do reconhecimento da filiação que tem por base a afetividade, quando os pais são do mesmo sexo é uma forma perversa de discriminação que só vem prejudicar quem apenas quer ter alguém para chamar de mãe, alguém para chamar de pai.

Para a criança adotada não importa se são dois pais ou duas mães, mas sim o amor que ela irá receber e a segurança de ter um lar.

3-CONCLUSÃO

Com efeito, o tratamento analógico das uniões homossexuais como entidades familiares segue a evolução jurisprudencial iniciada em meados do séc. XIX no Direito francês, tal fato culminou no reconhecimento da sociedade de fato nas formações familiares entre homem e mulher não consagradas pelo casamento.

O amor começou a adquirir visibilidade perante o Direito e acabou ingressando no ordenamento jurídico, quando a evolução dos costumes e a quebra dos tabus tornaram impossível ao Judiciário deixar de ver o afeto e emprestar-lhe juridicidade. A princípio, as relações extramatrimoniais eram tidas como vínculos empregatícios: confundia-se amor com labor. Depois, passaram a ser identificadas como sociedade de fato.

O argumento jurídico mais consistente, contrário à natureza familiar da união civil entre pessoas do mesmo sexo, provém da interpretação do Texto Constitucional. Nele encontram-se previstas expressamente três formas de configurações familiares: aquela fundada no casamento, a união estável entre um homem e uma mulher com ânimo de constituir família (art. 226, §3º), além da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Alguns autores, em respeito à literalidade da dicção constitucional e com argumentação, guardada certa coerência lógica, entendem que 'qualquer outro tipo de entidade familiar que se queira criar, terá que ser feito via emenda constitucional e não por projeto de lei'.

Neste posicionamento, o raciocínio jurídico está implícito podendo ser inserido entre aqueles que compõem o que chamamos de teoria da 'norma geral exclusiva' segundo a qual, resumidamente, uma norma, ao regular um comportamento, ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os demais comportamentos. Como se salientou em doutrina, a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco no fato de que, nos ordenamentos jurídicos, há outra norma geral (denominada inclusiva), cuja característica é regular os casos não previstos na norma, desde que semelhantes a ele, de maneira idêntica. De modo que, frente a uma lacuna, cabe ao

intérprete decidir se deve aplicar a norma geral exclusiva, usando o argumento a contrário sensu, ou se deve aplicar a norma geral inclusiva, através do argumento a simili ou analógico.

Nesse debate, não é importante tomar partido, a não ser para deixar claro que a homossexualidade não é uma opção, mas um fato da vida. Deve-se destacar, ademais, que o fato do homossexualismo não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros; salvo, naturalmente, quando esses terceiros tenham a pretensão de ditar para outros indivíduos, um modo de vida “correto” – o seu modo de vida.

Convém lembrar que a união homoafetiva não está contemplada na legislação civil, mas tampouco se acha vedada na esfera da proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, projetos de lei acompanhando a evolução doutrinária, jurisprudencial e administrativa de concessão de benefícios ao companheiro afetivo, apontam o viés de proteção a essa forma de relacionamento humano, dentro de princípios de respeito à vida privada das pessoas e de seu tratamento respeitoso, digno e igualitário.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

DIAS, Maria Berenice. A invisibilidade das uniões homoafetivas e a omissão da justiça . Disponível em: [/www.mariaberenice.com.br/](http://www.mariaberenice.com.br/). Acesso em 03/out/2010

DIAS, Maria Berenice. As uniões homoafetivas frente a constituição federal. Disponível em: [/www.mariaberenice.com.br/](http://www.mariaberenice.com.br/). Acesso em 03/out/2010

DIAS, Maria Berenice. E a justiça viu afeto. Disponível em: [/www.mariaberenice.com.br/](http://www.mariaberenice.com.br/). Acesso em 03/out/2010

DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade – O que diz a justiça? Editora Livraria do advogado.

DIAS, Maria Berenice. O Direito a um lar. Disponível em: [/www.mariaberenice.com.br/](http://www.mariaberenice.com.br/). Acesso em 03/out/2010

DIAS, Maria Berenice. Os muitos “nãos” a um “sim”. Disponível em: [/www.mariaberenice.com.br/](http://www.mariaberenice.com.br/). Acesso em 03/out/2010

DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva – O preconceito e a Justiça – 4ª Ed. Editora Rt.

MOREIRA, Adílson José. União homoafetiva – A construção na igualdade na Jurisprudência brasileira. Editora Livraria do advogado.

NAHAS, Luciana Faisca. União homossexual – proteção constitucional. Editora Jurua