

UNIÃO HOMOAFETIVA

Adriana Aparecida Felisbino

Advogada. Pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Newton Paiva em convênio com a Fundação Aprender de Varginha.

O Poder Judiciário, não só brasileiro, mas do mundo todo, vem sofrendo uma enorme pressão em relação a falta de normas que regularizam a União Homoafetiva. Particularmente defendo esta possibilidade e acredito que esta questão é uma das mais sérias e controversas em nossa atualidade, e que a cada dia surge um novo caso, que a Justiça Brasileira não tem resposta imediata. É importante dizer que a questão em tela não diz respeito à opinião de tais uniões serem corretas ou não mas sim da legitimação das mesmas perante o Poder Judiciário.

Há algum tempo atrás o homossexualismo era considerado uma doença e que os pais muitas vezes levaram seus filhos no médico achando que os mesmos estavam com problemas mentais. Hoje em dia depois de muito se pesquisar, concluiu-se que o homossexualismo nada mais é uma mera opção de vida do ser humano. Alguns posicionamentos de grandes nomes da psicologia, como por exemplo “Freud”, grafam esta afirmação quando diz que todo indivíduo seja ele homem ou mulher, tem uma tendência ponderável, íntima e oculta à homossexualidade.

Em alguns países de primeiro mundo como por exemplo na Suécia, Noruega, Holanda e outros, já se permite o registro da União Homoafetiva em cartórios. No ano de 1999 a França favoreceu os gays com uma legislação ambígua, que na verdade concede direitos às uniões fora do casamento, homo ou heterossexuais, os casais homossexuais já podiam desde 1998, registrar-se como parceiros, o que lhes garantia a direito a pensões, previdência social e herança. A Dinamarca, foi o primeiro país a reconhecer o matrimônio

entre pessoas do mesmo sexo, em 1989, os benefícios sociais são os mesmos para qualquer tipo de casal, mas a adoção de crianças era proibida para os homossexuais. Em 1999 os gays ganharam o direito de ficar com os filhos do parceiro ou parceira, mas para isso precisavam comprovar que o relacionamento era permanente.

O artigo 226 § 3º da Constituição Federal afirma que “para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”. Os intérpretes costumam entender que através de tal dispositivo constitucional a lei protege apenas “a união estável entre o homem e a mulher”, não protegendo outras espécies de união (homem com homem e/ou mulher com mulher).

No Brasil em especial, há de se falar que a dificuldade de se chegar a um consenso sobre tal assunto é muito grande, tendo em vista, que a religião, bem como as diversas correntes religiosas de nosso país, tem um posicionamento muito radical e até mesmo áspero em relação à questão do homossexualismo; tal fato gera cada vez mais dificuldade de até mesmo tocar no assunto.

Mesmo com fortes ventos soprando na direção de se fazer aprovar uma legislação que disciplinasse os vínculos homoafetivos, até hoje nada se conseguiu além algumas constituições jurisprudenciais, doutrinárias e um projeto de lei que tramita em nosso Congresso há quase 10 anos.

É inadmissível aceitarmos que o Judiciário se cale perante tal questão, a atitude dos legisladores que trabalharam em prol do recentíssimo Código Civil; é digna de destrutivas críticas, tendo em vista que os mesmos ignoram a matéria, numa flagrante demonstração de conveniente e preconceituosa postura, deixando a mundo Jurídico, mais uma vez desaparelhado de normas orientadoras dos relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo. Como já disse antes, essa ausência é fruto de uma cultura que se diz conservadora, para escapar de predicados mais verdadeiros, longe de impedir o

surgimento de conflitos, acaba por fomentá-los não sendo raras as situações de um comportamento homofóbico de nossa sociedade.

Retirar das pessoas que têm uma orientação sexual diferente daquela que se nos afigura como sendo a normal e correta, a possibilidade de um convívio que seja suficientemente apto a Ter reflexos legais é atitude não só retrograda e preconceituosa como também de grande violência à dignidade da pessoa humana, a identidade, liberdade individuais, direitos esses igualmente assegurados pela nossa “Lei Maior”.

As decisões de nossos Tribunais, por controvertidas e não unânimes, deixam os parceiros de uma união Homoafetiva à mercê da sorte de seus destinos, constringendo-os a buscar um isolamento de seus familiares, fazendo crescer, cada vez mais, o preconceito e marginalização desse tipo de união.

Um remédio amenizador à esse tipo de relacionamento seria a elaboração de um contrato de união, onde ficaria estabelecida as regras entre os parceiros, bem como as dos herdeiros sucessores.

Um ponto de muitas controvérsias dentro do tema “União Homoafetiva”, é sem dúvida, a mais tormentosa questão que se coloca e que mais tem dividido as opiniões é quando se fala no direito à adoção por parceiros do mesmo sexo. A grande dúvida sempre suscitada como fundamento para não se aceitar a adoção, quer individualmente, quer por um par homossexual, está centrada em preocupações quanto ao sadio desenvolvimento da criança.

A enorme resistência decorre da crença de haver um dano potencial à criança, por ausência de parâmetros comportamentais, o que viria a ensejar, no futuro, seqüelas de ordem psicológica. Questiona-se se a ausência de referenciais de uma dupla postura sexual poderia eventualmente tornar confusa a própria identidade de gênero, com o risco de tornar-se homossexual. Também causa apreensão a possibilidade de ela ser alvo de repúdio no meio que freqüenta ou vítima do escárnio por parte de colegas e vizinhos, o

que, em tese, poderia-lhe acarretar perturbações de ordem psíquica. Também existe uma tendência de ver tais relacionamentos como promíscuos e amorais o que deixa revelar o temor de práticas sexuais na presença do menor ou que seja este alvo de abuso sexual de parte de um dos pais ou mães.

Essas preocupações são afastadas com segurança por quem se debruça no estudo das famílias com essa conformação. Essencialmente não foram detectadas diferenças na identidade de gênero, no comportamento sexual ou na orientação sexual de tais infantes. Diante desses resultados, não há como prevalecer o mito de que conviver com pais do mesmo sexo pode comprometer a estabilidade emocional do filho. Portanto, equivocada a assertiva de que o menor que vive em um lar homossexual será socialmente estigmatizado e terá prejudicado seu desenvolvimento, ou que a falta de um modelo heterossexual acarretará a perda de referenciais ou tornará confusa a identidade de gênero.

Assim, imperioso concluir serem preconceituosos os escrúpulos existentes. É necessário revolver princípios, rever valores, abrir espaços para novas discussões e afastar as objeções, para que sejam admitidas adoções por indivíduos ou casais homossexuais. Dita resistência resta por excluir a possibilidade de um expressivo número de crianças serem subtraídas da marginalidade, quando poderiam ter uma vida cercada de afeto e atenção.

Posturas pessoais ou convicções de ordem moral de caráter subjetivo não podem impedir que se reconheça que uma criança sem pais e sem lar terá uma formação mais condizente com as exigências da vida, se integrada a uma família, seja esta formada por pessoas de sexos distintos ou não.

A lei que trata de todas as questões envolvendo crianças e adolescentes, data de 1990. Trata-se do Estatuto da Criança e do Adolescente, com certeza uma das leis mais avançadas de proteção ao menor e não traz qualquer restrição à possibilidade de

adotar. Outorgado tal direito tanto ao homem como à mulher, conjunta ou isoladamente, não fazendo qualquer referência à orientação sexual do adotante.

No entanto, raras são as decisões judiciais que deferem pedido de adoção formulado por homossexuais, quando eles não ocultam sua condição. Praticamente solitária era a postura do magistrado carioca Siro Darlan de Oliveira, tanto deferindo a adoção, como habilitando um homossexual para adotar, tendo sido ambas confirmadas em sede recursal pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (AC14.332/98 e AC 14.979/98). Agora este Estado está desenvolvendo uma campanha de incentivo para que homossexuais adotem crianças que se encontram abandonadas em instituições. No entanto, ainda assim, só se está deferindo adoção a uma pessoa, mesmo que esta viva na companhia de outrem que vai conviver com a criança.

Esta resistência não se justifica nem por razões registrais. A determinação legal de que, no assento de nascimento, sejam os adotantes inscritos como pais, ocorrendo simples substituição da filiação biológica, não pode servir de justificativa para se sustentar a possibilidade de adoção por duas pessoas do mesmo sexo. Não há nenhum empecilho de que conste como pais no registro de nascimento dois homens ou duas mulheres. Ainda que se presuma que a lei não tenha cogitado a hipótese de ocorrer a adoção por um par homossexual, não há justificativa para sustentar a possibilidade de sua ocorrência.

Apesar de nada respaldar a limitação, não se tem notícia de já ter sido requerida e muito menos deferida a adoção a um casal homossexual, restrição que acaba por gerar situações injustas, vindo exclusivamente em prejuízo do próprio menor.

A vivência de crianças e adolescentes em lares homossexuais é uma realidade. E deferir-se a adoção a um só dos parceiros assegura ao menor direito a alimentos e benefícios de cunho previdenciário ou sucessório somente com relação ao adotante. Quer pela separação do par, quer pela morte do que não tem legalmente um liame registral, dita

limitação lhe acarreta injustificáveis perdas, por não poder desfrutar de qualquer direito com relação àquele que também tem como verdadeiramente seu pai ou sua mãe.

Imperioso concluir que, de forma paradoxal, o intuito de resguardar e preservar a criança resta por subtrair-lhe a possibilidade de usufruir direitos que de fato possui, limitação que afronta a própria finalidade protetiva decantada na Carta Constitucional e perseguida pela lei.

Empecilhos de toda ordem – que existem ou são criados – fazem com que soluções outras sejam buscadas por quem quer consolidar uma família por meio da prole. É usual lésbicas extraírem o óvulo de uma, fecundá-lo *in vitro* por espermatozóide de um doador, sendo o embrião implantado no útero da outra, que leva a termo a gestação. Como a criança será registrada somente em nome de quem deu à luz a criança, não tem a outra – que na verdade é a mãe biológica – qualquer vínculo, sequer obrigacional, com o filho que, afinal, é seu. Os prejuízos decorrentes dessa limitação são previsíveis. Registrada somente em nome de uma das mães, só dela pode buscar direitos e cobrar deveres.

Os casais masculinos, por seu turno, socorrem-se das chamadas “barrigas de aluguel”. Por meio de inseminação artificial, inclusive com utilização simultânea do sêmen de ambos, para não identificar qual deles é o genitor. A criança é tida como filho dos dois. Por igual, nesses casos, a impossibilidade de adoção conjunta subtrai o direito de o menor usufruir qualquer benefício com referência a quem igualmente considera como seu pai.

Recente decisão judicial, deferindo a guarda de um menino de 10 anos à parceira da mãe, quando de seu falecimento, causou grande repercussão. A mãe biológica, cantora muito prestigiada, nunca escondeu seu relacionamento homossexual de muitos anos, sendo que em entrevistas costumava revelar sua preocupação com a sorte de sua parceira. Durante o período de convívio, que perdurou 16 anos, a popular cantora teve um filho cujo pai faleceu antes do seu nascimento, e ele foi registrado exclusivamente

no nome da mãe. Mas desde sempre conviveu com ambas, sendo que identificava como mãe a outra, que o cuidava enquanto a genitora passava viajando e fazendo turnês. Após a morte o avô paterno entrou com o pedido de guarda do neto, mas liminarmente, respeitando a vontade expressa do menino, a guarda foi deferida a quem desempenhava as funções maternas.

Em conclusão:

De forma cômoda, o Judiciário busca não ver e nada deferir. No máximo busca subterfúgios no campo do Direito das Obrigações, identificando como uma sociedade de fato o que nada mais é do que uma sociedade de afeto. A exclusão de tais relacionamentos da órbita do Direito de Família acaba impedindo a concessão dos direitos que defluem das relações familiares, tais como direitos à meação, à herança, ao usufruto, à habitação, a alimentos, a benefícios previdenciários, entre tantos outros.

Relegar tais questões ao âmbito obrigacional gera, no mínimo, um paradoxo, pois os juízes de família acabavam se socorrendo de distinto ramo do Direito para cujo julgamento não detinham competência.

Descabe continuar pensando com preconceitos, isto é, com conceitos preestabelecidos e que ainda se encontram encharcados de conservadorismo. É necessário pensar com conceitos jurídicos, e para isso é necessário pensar novos conceitos.

Daí a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. Tal como ocorreu com a união estável heterossexual: a alteração do conceito social das chamadas relações concubinárias foi provocada pelos operadores do Direito, que, ao extraírem conseqüências jurídicas de ditos relacionamentos, fizeram-nos chegar à sede constitucional, sendo reconhecidos como entidade familiar.

Ao menos até que o legislador siga a trilha da Justiça e flagre o descaso do Estado em regulamentar tais relações, que merecem, no Brasil, como já dispõem na maioria dos países do mundo, uma regulamentação própria, a responsabilidade é do Poder Judiciário.

Ainda que tenha vindo a Constituição, com ares de modernidade, outorgar a proteção do Estado à família, independentemente da celebração do casamento, continuou a ignorar a existência de entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Ora, não se diferencia mais a família pela ocorrência do casamento. A existência de prole não é essencial para que a convivência mereça reconhecimento, sendo que a proteção constitucional é outorgada também às famílias monoparentais. Se prole ou capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabe deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas.

Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, laços afetivos, divisão de despesas, é de se concederem os mesmos direitos deferidos às relações heterossexuais que tenham idênticas características. Na lacuna da lei, na falta de normatização, deve o julgador se socorrer do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina a aplicação da analogia, dos costumes e princípios gerais de direito. Ora, analogia só pode ser feita com as demais relações que têm o afeto por causa, ou seja, o casamento e as uniões estáveis.

Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os operadores do Direito, podem, em nome de uma postura preconceituosa ou discriminatória, fechar os olhos a essa nova realidade e se tornar fonte de grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões morais ou religiosas.

A mesma responsabilidade já assumiu a Justiça com referência às uniões extraconjugais. Deve agora mostrar igual independência e coragem quanto às uniões

homossexuais. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso, e imperioso é reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie, ou seja, relações hetero e homoafetivas. Ambas fazem jus à mesma proteção, e, enquanto não surgir legislação que a regule especificamente, é de aplicar-se a legislação pertinente aos vínculos familiares.

Indispensável que se reconheça que os vínculos homoafetivos – muito mais do que relações homossexuais – configuram uma categoria social que não pode mais ser discriminada ou marginalizada pelo preconceito. Está na hora de o Estado, que se quer democrático e que consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana, passar a reconhecer que todos os cidadãos dispõem do direito individual à liberdade, do direito social de escolha e do direito humano à felicidade.

Infelizmente, o Brasil ainda está engatinhando no que tange modernidade, em todos os sentidos. Enquanto isso, um foco da sociedade sofre as terríveis conseqüências do preconceito; da discriminação, do desrespeito pessoal, tudo isso decorrente de um país que vive no amanhã atrelado as garras de um costume arcaico e demodê que fecha os olhos aos acontecimentos e transformações constantes de uma civilização que não para e, contudo, se modifica a cada instante.

Bibliografia

Azambuja, Darcy. Teoria Geral do Estado. 36ª Edição. São Paulo, 1997;

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. 21ª Edição, São Paulo, Saraiva, 1999;

Dias, Maria Berenice. União Homossexual; O Preconceito e a Justiça. 2ª Edição; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Leite Sampaio, José Adércio. Direito à Intimidade e a Vida Privada: Uma visão da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. 1ª Edição; Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

Ramorim, Ricardo. Revista Veja: Já pode até casar, página: 65, 20/09/2000.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A possibilidade de adoção por casais homossexuais no Brasil atual. Teresina: Jus Navigandi, 2001.

MASCHIO, Jane Justina. A adoção por casais homossexuais. Teresina.: Jus navegandi., nº 55, 2002 .

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A Sexualidade vista pelos Tribunais. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.