

Os Relacionamentos Homoafetivos e a Cidadania

Elaine Cristina Moreira, advogada,
bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva,
voluntária do Centro de Estudos de Direito da Família

Os relacionamentos homossexuais, apesar de tão antigos quanto à instituição da família, sempre foram tratados com muito preconceito, haja vista que a sociedade, guiada pelos dogmas da igreja, fez com que fosse criado um padrão de normalidade para as relações afetivas, tratando, desse modo, de forma anormal as demais relações que não entre um homem e uma mulher.

De fato a homossexualidade sempre existiu. Registros foram encontrados nas civilizações mais antigas, como a romana e a egípcia. Os gregos atribuíam a ela qualidade para a intelectualidade beleza e comportamento ético, entre eles a prática homossexual era nobre e até recomendável.¹

Com o advento do cristianismo essa prática é qualificada como moralmente reprovável

Na Idade Média, permaneceu a aprovação exclusiva do sexo no matrimônio visando a procriação

Mais tarde a visão científica prepondera sobre a religiosa, nessa fase homossexualidade é considerada doença que acomete o indivíduo cuja presença o identifica como homossexual, em contraposição a uma condição normal, tida como saudável, denominada de heterossexual

A origem dessa nova visão esta situada nas primeiras décadas do século XIX, em razão da industrialização e urbanização e também do temor de epidemias.

. Dentre as diversas posições se destaca a de Sigmund Freud pela preocupação com o esvaziamento de conotações morais no estudo deste objeto. Ao invés de procurar respostas para questão em patologias físicas ou em depravações morais, a busca no que chama de consciente e inconsciente do individuo que pratica tal conduta sexual.

¹ GIORGIS, Jose Carlos Teixeira A natureza jurídica da relação homoerotica .Anais do IBDFAM 2002. p 111

Desde a revisão e publicação do Código Internacional de Doenças 1985 a homossexualidade deixou de ser tida como uma patologia, saindo o homossexualismo dos distúrbios mentais para o capítulo dos sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais.

A partir de 1991 a Anistia Internacional considerou a proibição da homossexualidade violação dos direitos humanos.

Desde as últimas décadas do século XIX há registros de movimentos em busca dos direitos homossexuais como o aparecimento de grupos de homossexuais organizados na Europa e nos Estados Unidos. Além das atividades do movimento homossexual alemão

A partir da década de 1960, ganham destacada expressão os movimentos sociais por direitos de homossexuais nos Estados Unidos, época considerada como do nascimento do movimento gay contemporâneo. Duas correntes se destacam nesses movimentos, a revolucionária que almeja a superação das discriminações pela instauração de um novo modelo de sociedade e de Estado, em que sejam abolidas as diferenciações sexuais, bem como a dominação de um sexo sobre o outro e a imposição de quaisquer padrões morais ate as diversas formas de expressão sexual. A outra perspectiva a reformista (comum na atualidade) por sua vez, objetiva a integração dos homossexuais nas estruturas sociais vigentes, mediante a descriminalização dos atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo, acompanhado do reconhecimento de direitos civis e políticos.²

Sob a visão social o que podemos perceber é que o critério de distinção do homossexual é relativo, dependendo da cultura tal característica pode ser irrelevante ou possuir conotações diversas.

Em vários países asiáticos, como o Japão ou as Filipinas a homossexualidade é largamente tolerada; em certas tribos da nova Guiné a pederastia é institucionalizada e tida como necessária para o sadio amadurecimento dos adolescentes. Da mesma forma entre certas tribos indígenas brasileiras, sendo importante ressaltar que na cultura paraense não é discriminado o homem que se relaciona com outros apenas de forma ativa por esses exemplos podemos perceber o relativismo cultural .

² RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade no direto. Porto Alegre. Ed livraria do advogado

Princípios Constitucionais

Firmando a Constituição a existência de um Estado Democrático de Direito, que pontifica o direito à dignidade e à igualdade, não se pode deixar de situar as questões suscitadas pela sexualidade com forma de garantir o princípio fundamental da isonomia e proibir de discriminações injustas

A confirmação dos direitos dos casais homoafetivos³ está, principalmente, no texto constitucional brasileiro, que aponta como valor basilar do Estado Democrático de Direito o princípio da dignidade da pessoa humana (cf. art. 1º, III), a liberdade e a igualdade sem distinção de qualquer natureza (CF. art. 5º), a inviolabilidade de intimidade e da vida privada (CF. art. 5º, X), que, como assevera Luiz Edson Fachin, à orientação sexual é direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa a que, assim, como direito fundamental, é um prolongamento de direitos da personalidade, imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária.⁴

A dignidade humana deve concretizar-se no plano histórico cultural; e, impõe-se que seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa.

Nesse sentido, assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e de proteção da dignidade.

Na construção da individualidade de uma pessoa, a sexualidade forma uma dimensão fundamental em sua subjetividade, alicerce indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade.

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção

³ DIAS, Maria Berenice. União Homossexual: preconceito & justiça. Porto Alegre. Ed livraria do advogado, 2000

⁴ FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da uniao de pessoas do mesmo sexo. Rio de Janeiro: Renovar ,1997.p.144

de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, mas a promoção positiva de suas liberdades.

Assim como nas uniões heterossexuais, o estabelecimento de relações de homossexualidade fundadas no afeto e na sexualidade, de forma livre e autônoma, sem qualquer prejuízo de terceiros, faz parte da proteção da dignidade humana.ⁱ

Diante desses elementos, concluímos que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos legitimem restrições de direitos, fortalecendo estigmas sociais e deixando de lado um dos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Quanto ao princípio da igualdade seu alcance do não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas determina que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia.

A concretização da igualdade em matéria de sexo, em razão da proibição da discriminação, alcança o âmbito da orientação sexual homossexual.

É indispensável que se reconheça que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, abrigando a liberdade da livre orientação sexual.

A identificação da orientação sexual está condicionada à identificação do sexo da pessoa escolhida em relação a quem escolhe, e tal escolha não pode ser alvo de tratamento diferenciado⁵

A discriminação fundada na orientação sexual esconde, na verdade, uma discriminação em virtude de seu próprio sexo.

Fazendo parte, a orientação sexual, da identidade de uma pessoa seria absurda a discriminação, ou mesmo imposição para que este mudasse seu traço.

A Constituição abriga princípios implícitos que decorrem naturalmente de seu sistema, incluindo-se no controle da constitucionalidade das leis. Encontra-se na

⁵ DIAS, Maria Berenice. UNIÃO HOMOSSEXUAL - ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS
www.mariaberenice.com.br

Constituição Federal Brasileira algumas referências, cuja interpretação sistemática conduz ao princípio da afetividade, constitutivo dessa evolução social da família.

O abandono feito pela Constituição do casamento como único tipo de família juridicamente tutelada. O que importa na abdicação dos valores hierárquicos e institucionais que justificam a norma de exclusão, passando a elevar a afetividade, fundamento comum a todas as entidades, ou seja, as relações deixam de ser valorizadas por si mesmas e sim em razão da felicidade que devem trazer a cada componente da família.

Um exemplo pragmático do novo modelo de relações familiares foi o advento do divórcio direto e o artigo 226, parag. 3º e 4º da Constituição, que reconhece a união estável como entidade familiar para efeitos de proteção estatal e o segundo reconhece a família monoparental para os mesmo efeitos respectivamente. Esta é a demonstração clara que apenas a afetividade mantém unidas essas entidades familiares. De modo que:

“Onde houver uma relação, ou comunidade, mantida por laços de afetividade, sendo estes suas causas originárias e finais, haverá família”.

A partir do momento em que se prende ao conceito de família, além dos relacionamentos decorrentes do casamento, também as uniões estáveis e os vínculos monoparentais, mister serem inseridas no âmbito do Direito de Família mais um gênero de vínculos afetivos, quais sejam, as relações homossexuais, chamadas com muita propriedade por MARIA BERENICE DIAS de relações homoafetivas, tendo em vista que nelas também existe afetividade.

Na perspectiva da sociologia, da psicologia, da psicanálise, da antropologia, dentre outros saberes, a família não se resumia à constituída pelo casamento, ainda antes da constituição, porque não estavam delimitados por um modelo legal, entendido como entre outros.

De fato dentre as unidades de vivência encontradas na experiência brasileiras atuais, estão incluídas as uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual. Interessa saber se a hipótese enunciada esta delimitada pela Lei Maior.

A família tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote.

:

A estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida. E por fim a ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que apresente assim pública e notória, são características das entidades familiares.

O art 226 da Constituição versa sobre a família e as entidades familiares, sua interpretação dominante entre os civilistas é no sentido de tutelar apenas os três tipos de entidades familiares, explicitamente previstos, configurando *numerus clausus*. Ainda que estes deplorem a norma de clausura que teria deixado de fora os demais tipos reais.⁶

Para que percebamos a amplitude desse dispositivo que versa sobre a família é necessário observar três preceitos estabelecidos pela Constituição de cuja interpretação chega-se a conclusão das entidades familiares não referidas explicitamente, são eles:

1. *Art 226. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. (caput)*
2. “ *§4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes “.*
3. “*§ 8º O Estado assegurará a assistência à família nas pessoas de cada um que a integra, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.*

Na nova Constituição o objeto da norma não é a família como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram. Antes, apoiadas pela Igreja Católica, os dispositivos das constituições anteriores tinha por finalidade reprimir ou inibir as “famílias ilícitas”, desse modo consideradas todas aquelas que não estivessem compreendidas no modelo legítimo da família, ou seja, o casamento.

⁶ LOBO, Paulo Luiz Netto, A repersonalização das relações de família, *in Direito de Família na Constituição de 1988*, org.: Carlos Alberto Bittar, São Paulo, Ed. Saraiva, 1989

O *caput* do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.⁷

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição, ao contrário do que pensa a maioria dos civilistas, são meramente exemplificativos.

Não podemos dissociar o conceito de família das experiências de relacionamentos afetivos que por si constituem verdadeiras células da sociedade. A tipicidade da norma deve ser aberta de modo que se flexibilize e se adapte a entidade familiar que surgir no decorrer dos anos.

Tendo em vista essa ampla interpretação as uniões entre homossexuais seriam entidades familiares constitucionalmente protegidas que preencherem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Não poderíamos considerar, no entanto, a União Homoafetiva como sociedade de fato. Tal visão deixaria de lado o mais importante nesse relacionamento afetividade, classificando apenas como obrigação, o que tem características evidentes de família.

Do mesmo modo não podemos comparar a união entre pessoas do mesmo sexo a união estável afim de que lhe seja aplicada à lei desta. Nesse ponto a lei se faz clara, e não deixando lacunas, quando taxativamente coloca como pressuposto essencial da união estável a diferença de sexos.

Finalmente, percebemos que o Novo Código Civil nada avançou para dar um tratamento cidadão aos homossexuais. Projetos como os do deputado Ricardo Fiúza e da ex-deputada Marta Suplicy tentam ser aprovados com o intuito de garantir o direito dos homossexuais.

De fato os tribunais têm sido mais realistas, como na decisão do TJRS que declara ser de competência da vara de família litígios que envolvam relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo.

É preciso entender que os valores evoluem e que o Direito deve acompanhar essa evolução. Logo a interpretação da norma vigente deve ser da maneira menos preconceituosa e mais ampla para aplicação da justiça. Os aplicadores do Direito não

⁷ LOBO, Paulo Luiz Netto. Op. Cit .p-95

podem fechar os olhos pra essa realidade e por questões religiosas ou morais tirar a cidadania dos que possuem opção sexual diferenciada.

Faço minhas as palavras de *Marta Suplicy* na justificativa de seu projeto:

“Se todos têm direito `a felicidade, não há por que negar ou desconhecer que muitas pessoas só serão felizes relacionando-se afetiva e sexualmente com pessoas do mesmo sexo. Valores e normas sócias são modificados, reconstruídos e alterados de acordo com a transformação da própria sociedade.”

Referencia bibliográficas

DIAS, Maria Berenice. UNIÃO HOMOSSEXUAL - ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS
www.mariaberenice.com.br

GIORGIS, Jose Carlos Teixeira A natureza jurídica da relação homoerotica .Anais do IBDFAM 2002.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da uniao de pessoas do mesmo sexo. Rio de Janeiro: Renovar ,1997

LOBO, Paulo Luiz Netto, A repersonalização das relações de família, *in Direito de Família na Constituição de 1988*, org.: Carlos Alberto Bittar, São Paulo, Ed. Saraiva, 1989

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade no direto. Porto Alegre. Ed livraria do advogado