

A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DO ESTADO BRASILEIRO AO NÃO REGULAMENTAR AS RELAÇÕES PATRIMONIAIS ENTRE CONVIVENTES HOMOSSEXUAIS

JORGE LUÍS DE CAMARGO *

A Constituição Federal de 1988, no Título I, dos Princípios Fundamentais prevê, no artigo 1º, inciso III, que a “Dignidade da Pessoa Humana” é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Dentro do mesmo Título e no artigo 3º, consta como um dos objetivos da República, “promover o bem de todos, sem preconceitos e outras formas de discriminação”.

Já no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, consta no artigo 5º, inciso I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos estabelecidos pela própria Constituição”.

Por sua vez, o Art. 226, deixa claro que “a família é a base da sociedade” e “tem especial proteção do estado”, isto é, não define família como sendo a união entre um homem e uma mulher, como faz na conceituação de união estável, (§3º, Art.226).

Além dos pontos constitucionais acima já expostos, temos que observar que as relações homossexuais não passam de mais uma de tantas outras opções que a democracia assegura ao homem livre, tanto como: decidir em quem votar ou como contar o cabelo, por exemplo.

Trata-se, de escolha que pertence ao aspecto privado do indivíduo e que somente a ele interessa, posto que não ofende a qualquer bem juridicamente relevante, restando resguardado por mais de um direito fundamental, mais precisamente o da inviolabilidade da vida privada, previsto no inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal.

Considerando que tratar-se de escolha que pertence tão somente ao aspecto íntimo do cidadão, indubitavelmente que temos que considerá-lo como uma parcela do seu livre decidir e que não pode sofrer intervenção estatal.

Ora, considerando-se então a liberdade de escolha da opção sexual como um dos aspectos da dignidade do ser humano, com amplo amparo constitucional, não seria exagerado considerá-lo como um dos integrantes do rol de direitos humanos a ser defendido pelos órgãos estatais.

Destarte, partindo-se do ponto de vista resumidamente acima exposto, conclui-se que não deveria haver qualquer discriminação pelo fato de o cidadão ter feito uma opção sexual diferente daquela adotada pela maioria.

Ocorre que não é esta a situação atual no estado brasileiro, seja pela discriminação e violência praticada pela própria sociedade ou mesmo pelos meios de comunicação, seja pela conveniente omissão do legislador ao não regular minimamente esse fato social que envolve relações entre cidadãos brasileiros iguais a outros.

Desta forma, temos claro que a opção sexual é um direito inerente à pessoa, podendo ser considerado um aspecto dos direitos humanos e que não deveria sofrer qualquer restrição ou impedimento estatal, todavia, observamos que os homossexuais

diuturnamente, sofrem restrições em decorrência da não regulamentação desse fato social, tornando-se, portanto, um direito legítimo e garantido constitucionalmente, mas sem a devida regulamentação legislativa, ou seja, sem efetividade.

A não regulamentação dos efeitos decorrentes da convivência homossexual, acarreta enormes dificuldades para aqueles que vivem esse tipo de relação, mais principalmente quando do fim da convivência, conforme passamos a expor:

Cessada a relação entre os conviventes homossexuais, sendo ambos vivos, necessária a partilha dos bens adquiridos na constância da relação, seja pelo fato de terem sido adquiridos pelo fruto do trabalho de ambos, seja pelo fato de que um permaneceu cuidando da residência para o sucesso profissional do outro, ou seja, nos mesmos moldes do que ocorre das relações de União Estável entre um homem e uma mulher.

Ocorre, que se a convivência se deu entre pessoas de sexo diferente há regulamentação legislativa, todavia, sendo ambos do mesmo sexo, praticamente inexistente amparo legal que dê qualquer segurança jurídica acerca de eventual partilha de bens, posto que as situações serão resolvidas, caso a caso, pela jurisprudência, o que acarreta a elevada incerteza e insegurança jurídica nos demandantes.

Quando um dos conviventes vem a falecer, sem deixar testamento, a situação do sobrevivente piora e muito, principalmente se tiver que disputar quinhão com herdeiro legal, pois a este há previsão legal e àquele não, fazendo com que as soluções possivelmente sejam delegadas ao Judiciário e após longo, custoso e em muitos casos dolorosos processos.

Apresentados os problemas, temos que é dever do Estado promover o bem e o desenvolvimento de todos, e isto não pode, de forma alguma, ser considerado apenas uma boa norma constitucional, sob pena de ineficácia absoluta do mandamento proveniente do poder constituinte originário.

Assim, havendo omissão do legislador em regular importante fenômeno social, temos que considerar também que este Poder está em mora e que em razão dela, inúmeras pessoas estão sofrendo severas conseqüências patrimoniais e pessoais, sendo que o fator principal da mora é a discriminação sofrida em detrimento da opção sexual adotada.

Note-se, que este artigo não se justifica apenas pelo fato de que o legislador federal está em mora, mas sim pelo fato de que esta mora decorre da opção sexual adotada pelo cidadão, isto é, se heterossexual é amparado pela legislação de regulamentação da União Estável (Leis 8.971/94 e 9.278/96), se homossexual por nenhuma norma jurídica.

A discriminação sexual é tão evidente, que nada impediria que as regras das leis da união estável, por analogia, fossem aplicadas àqueles que vivem relacionamento homoafetivo, o que revela um fator de discriminação sem amparo constitucional que o dê validade.

O fato de que a omissão legislativa não atinge apenas um grupo de pessoas, mas sim um número indeterminado e indeterminável, permite considerarmos como sendo um direito difuso, ou melhor, uma omissão legislativa que atinge direitos difusos.

Desta forma, a solução para a atual mora legislativa estaria no uso de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, pelo Ministério Público Federal ou o uso de outro remédio constitucional, como a Mandado de Injunção (Art. 5º, LXXI) ou a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Art. 102,§ 1º) por aqueles que se sentirem lesados.

Justificaria o uso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, em razão da inércia do estado em dar total regulamentação a vários dispositivos constitucionais, principalmente os artigos: 1º, inciso III; 3º, inciso IV; 5º “ caput” e inciso I,

226 “ caput” e § 4º, ou seja, temos que corretamente considerar tais normas constitucionais como sendo de eficácia limitada, ainda que programáticas.

Ademais, seria indispensável que o Supremo Tribunal Federal, a partir de sua nova composição, repensasse o seu atual posicionamento acerca da natureza do provimento dado na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e no Mandado de Injunção, dando a eles natureza concretista, para assegurar o exercício do direito ainda não regulamentado.

Por todo o exposto, temos que a solução para a atual mora legislativa está na mudança de posição do Supremo Tribunal Federal, acerca da natureza das decisões proferidas nas ações constitucionais acima indicadas, como meio de sanar a omissão inconstitucional do estado, que incentiva maior discriminação, pois ele próprio discrimina seus filhos em razão da opção sexual adotada, tudo para regulamentar esse atual e importante fato da sociedade.

* O autor é Procurador Federal, Ex- Juiz de Direito no estado da Bahia, Professor de Direito Constitucional das Faculdades Integradas de Ourinhos-SP
jorgecamargo@uol.com.br

Disponível em:< http://www.pelegrino.com.br/doutrina_exibe.aspx?id=79 > Acesso em.:
27 agos. 2007.