

## A Família Constitucional e a Proteção da União Homoafetiva.

Bruno Landim Maia\*

### 1-A VISÃO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Uma questão de suma importância para o reconhecimento do nosso tema é a demonstração de que o Texto Constitucional Brasileiro, ainda que implicitamente, protege, permite e acima de tudo admite a homossexualidade, na medida em que veta qualquer tipo de distinção entre os cidadãos do País.

Ainda que tenha vindo a atual Constituição, com ares de modernidade, consagrar 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.

O núcleo do atual sistema jurídico brasileiro é o respeito à dignidade da pessoa humana, que ocupa uma posição privilegiada no texto constitucional (inciso III do art. 1º). A base da Constituição são os princípios da liberdade e da igualdade. Esses enunciados não podem se projetar no vazio, não se aceitando como normas programáticas, sendo necessário reconhecer sua eficácia jurídica no Direito de Família.

Historicamente nota-se que as transformações sociais sempre antecipam-se aos acontecimentos jurídicos. A sociedade, em seu contínuo processo de mudança, não espera imóvel pela edição de leis, percebendo-se assim a atual situação experimentada pelos

cidadãos homossexuais que clamam por proteção estatal e uma solução justa dos conflitos a eles inerentes.

No artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro e ao artigo 126 do Código de Processo Civil, aplica-se a tais casos a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito com o fim precípua de assegurar uma interpretação honesta e justa dos diplomas legais vigentes, especialmente do ponto de vista social e humano.

Ao buscar-se identificar o conceito de família, a primeira visão é a da família patriarcal, nitidamente hierarquizada, com papéis bem definidos, constituída pelo casamento, com uma formação extensiva. Hoje a família é nuclear, horizontalizada, apresentando formas intercambiáveis de papéis, sem o selo do casamento.

Não se diferencia mais a família pela ocorrência do casamento. Também a existência de prole não é essencial para que a convivência mereça reconhecimento e proteção constitucional, pois sua falta não enseja sua desconstituição sequer perante o Direito Canônico. Se possuir filhos ou a capacidade de possuí-los não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, não se justifica ter a Constituição deixado de abrigar, sob o conceito de família, a convivência entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que a própria lei não permite qualquer distinção em razão do sexo.

Após o quanto explanado, centrado na análise do tema sob a visão constitucional, resta o reconhecimento de que o ser humano não se depara com limitações ou óbices de qualquer espécie para exercitar sua orientação sexual, qualquer que seja ela. Pode-se chegar até à afirmação da existência do direito constitucional de ser homossexual, ainda mais levando em consideração o recém-lançado plano governamental denominado “ Programa Nacional de Direitos Humanos ” (PNDH) que afirma:

(...) direitos humanos são direitos fundamentais de todas as pessoas, sejam elas mulheres, negros, homossexuais, índios, idosos, pessoas portadoras de deficiências, populações de

fronteiras, estrangeiros e emigrantes, refugiados, portadores de HIV positivo, crianças e adolescentes, policiais, presos, despossuídos e os que têm acesso à riqueza. Todos, enquanto pessoas, devem ser respeitados e sua integridade física protegida e assegurada.

Mesmo diante do exposto, a verdade é que ainda existem pessoas que defendem amplamente a exclusão desse segmento social da proteção de direitos fundamentais fundada no texto constitucional, podendo-se citar, por exemplo, o posicionamento do Primeiro Secretário da Câmara dos Deputados Brasileira, Severino Cavalcanti, que diz:

“ Não posso aceitar uma aberração como esta, de homem com homem, de mulher com mulher, isso é contra as leis de Deus, contra os princípios éticos e morais. Não concordarei. Estarei na linha de frente para combater, como sempre fiz aqui na Câmara dos Deputados”.

O preconceito não pode ensejar que um fato social não se sujeite a efeitos jurídicos. Não se pode impor o mesmo caminho percorrido pela doutrina e pela jurisprudência nas relações entre um homem e uma mulher fora do casamento, que levou ao alargamento do conceito de família por meio da constitucionalização da união estável.

O Direito passou a valorizar a afetividade humana, abrandando preconceitos e formalidades. As relações familiares impregnam-se de autenticidade, sinceridade e amor, deixando de lado a hipocrisia da legalidade estrita.

Se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em um verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, inquestionável que tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei.

As uniões estáveis homossexuais não podem ser ignoradas, não se tratando de um fato isolado, ou de frouxidão dos costumes como querem os moralistas, mas a expressão de uma opção pessoal que o Estado deve respeitar.

Assim, a perspectiva de que pessoas com orientação sexual diferente daquela levada em consideração pela maioria da sociedade são cidadãs como outras quaisquer, passíveis assim, de direitos e deveres, como faz eclodir o pensamento de Luiz Carlos De Barros Figueirêdo, que ao analisar o tema assim ponderou:

“Existe a homossexualidade. Existem preconceitos fortíssimos. Existem pais e mães homossexuais com filhos biológicos ou adotivos. Não se trata de seres de outros planetas ou de um problema distante e sim, de algo presente em cada cidade, em cada esquina, em cada família. É uma crueldade contra a espécie humana tentar retirar o tema da agenda de discussão e deixar de se buscar soluções que atendam a todas as partes envolvidas. Não se trata de lixo, e muito menos de se varrer para debaixo do tapete, mas de vidas humanas que merecem respeito e dignidade”.

Não há, portanto, como deixar de visualizar a possibilidade do reconhecimento de uma união estável entre pessoas do mesmo sexo. O adjunto adverbial de adição “também”, utilizado no § 4º do art. 226 da CF (Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes), é uma conjunção aditiva, a evidenciar que se trata de uma enumeração exemplificativa da entidade familiar. Só as normas que restringem direitos têm de ter interpretação de exclusão.

Não se pode confrotar a liberdade fundamental a que tem direito todo ser humano no que diz respeito a sua vida. Presentes os requisitos legais, vida em comum, coabitação, laços afetivos, divisão de despesas, não se pode deixar de conceder-lhe os mesmos direitos deferidos às relações heterossexuais que tenham idênticas características.

Como bem referiu a ex-Deputada Marta Suplicy na justificativa do seu Projeto: “Se todos têm direito à 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 sociais são modificados, reconstruídos e alterados de acordo com as transformações da própria sociedade”.

Enquanto a lei não acompanha a evolução dos usos e costumes, as mudanças de mentalidade, ninguém, muito menos os aplicadores 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. Não se pode confundir as questões jurídicas com as questões morais e religiosas.

Uma sociedade que se quer aberta, justa, livre, pluralista, solidária, fraterna e democrática, às portas do novo milênio, não pode conviver com tão cruel discriminação, quando a palavra de ordem é a cidadania e a inclusão dos excluídos.

## 2- PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA FAMÍLIA

Nesta parte iremos recorrer aos princípios gerais do direito em sede de interpretação, pois sabemos que a Constituição, antes de ser um conjunto de normas, é um conjunto de princípios, que devem ser considerados como se fossem as próprias normas constitucionais.

Na Lei Maior o que prevalece é o respeito à dignidade da pessoa humana, ou seja, é a base que direciona todo o sistema jurídico nacional. “Esse valor implica dotar os princípios da igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas.”

O direito ao afeto, o direito a homoafetividade, os direitos da criança e do adolescente, os direitos das mulheres, o direito ao meio ambiente, os direitos das minorias étnicas, o direito

à paz, representam direitos de terceira geração, que tutelam não o indivíduo e sim grupos humanos, a humanidade. O pensamento jurídico deve voltar-se para o ser humano de maneira a colocá-lo ao lado da lei, nunca à sua sombra. A legalização da união homoafetiva não será um meio de fazer apologia a homoafetividade, porque a identidade sexual não é questão pertinente ao Direito e sim à sociologia.

Ademais, podemos entender que , o ato discriminatório à união homoafetiva é , antes de tudo, inconstitucional.

Art. 3º “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:”

Inc.IV “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza(...)”.

Art. 7º, inc. XXX “proibição de diferença (...) por motivo de sexo, idade , cor ou estado civil.”

Além disso, ocupando a Constituição, a posição máxima, devem todas as demais leis nela se fundarem e a ela se subordinarem. Sendo assim, “há violação à Constituição, tanto quanto se faz o que ela inadmite como quando se omite fazer o que ela impõe. E se omissão houver, ficará configurada uma inconstitucionalidade” .

## 2.1 – O princípio da Igualdade

O art. 5º, caput da Constituição Federal de 1988, reza que todas as pessoas são iguais perante a lei, “sem distinção de qualquer natureza”. Este é o fundamento legal do princípio da igualdade e que serve de suporte à democracia. É praticamente unânime sobre o alcance

do princípio da igualdade, que nivela as pessoas frente as normas legais, e também frente ao legislador e aos aplicadores do direito.

O que a ordem jurídica realmente queria com esse princípio era evitar as desigualdades injustificadas entre as pessoas independentemente de suas opções e crenças.

Desta forma, utilizar-se desse expediente processual, significa universalizar a igualdade e promover a igualdade, pois “ somente com uma conduta ativa, positiva, afirmativa é que se pode ter a transformação social buscada como objetivo fundamental da República” .

## 2.2 – Os Princípios da Liberdade e Dignidade

A Constituição Federal projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, onde os princípios da Dignidade e da Liberdade são como seus alicerces de sustentação. A partir daí, cumpre a todos os cidadãos, em especial aqueles que lidam com a efetivação da Justiça fazer com que esses princípios sejam respeitados.

Destarte, a sexualidade como um direito de liberdade, pode ser enquadrada nos chamados direitos de terceira geração, pois juntamente com a liberdade, a igualdade e a dignidade estariam estes presentes dentro daquela classificação, já que estes mesmos direitos são inerentes ao próprio indivíduo, pois o acompanha desde seu nascimento. É um direito natural.

Entretanto, não podemos desconsiderar que a livre orientação sexual também faz parte dos direitos de segunda geração, já que esta categoria de indivíduos (homossexuais), seria hipossuficiente em face dos outros indivíduos que a luz da sociedade conservadora não necessitaria de tal tutela jurídica. Assim sendo, a hipossuficiência decorre do fator social, gerando, assim, na esfera jurídica um reflexo a ser considerado.

Desta forma, no âmbito constitucional, o núcleo, é o respeito ao princípio da dignidade humana, princípio este calçado nas idéias de liberdade e de igualdade. De foram clara e

precisa, o texto constitucional elenca como tutela o bem estar de todos, independente de cor, sexo, credo, idade ou qualquer outra qualificação que venha a castrar a liberdade e a dignidade do ser humano (art. 3º, IV). Ocorre que esta proteção, não fica de toda forma explícita na Lei Maior, pois tutelar a livre opção sexual combinada pelo desejo de manter uma relação homoafetiva vai muito além do que uma simples proteção constitucional, é preciso que a expressão "orientação sexual" figure de forma clara e precisa no corpo do texto maior a fim de satisfazer esta tutela tão esperada pelas pessoas que compartilham das relações homoafetivas.

### 3 – A UNIÃO HOMOAFETIVA E OS SEUS AVANÇOS COMO ENTIDADE FAMILIAR.

Em nosso país pouco foi feito até hoje na tentativa de minorar o descaso com o qual é tratado o companheirismo homoafetivo. Alguns profissionais, na tentativa de apresentar soluções sérias, sofrem, tal qual os homossexuais, com o preconceito ao serem ironizados por abordarem tal tema, chegando a serem questionados quanto à própria sexualidade, devido ao interesse que demonstram pelo tema.

A desembargadora gaúcha Maria Berenice Dias recebe críticas irônicas sobre o teor de seu livro União Homossexual, O preconceito e a Justiça , no qual defende a legalização da união homoafetiva. O tratamento desrespeitoso parte também, infelizmente, de seus colegas, que, talvez, não alcancem a importância e o respeito com que o tema merece ser tratado.

O contrato de Parceria Civil registrada entre pessoas do mesmo sexo, Projeto de Lei nº1.151 apresentado em Plenário na Câmara dos Deputados em 26 de outubro de 1995, de autoria da então deputada federal Marta Suplicy, estabelece a parceria entre homossexuais e é um modo de contemplar direitos de cidadania a uma minoria que tem sido privada de seus direitos também em função do preconceito e da segregação social.

Na sua forma original, o Projeto de Lei nº1.151/95 disciplinaria a união civil entre pessoas do mesmo sexo, mas o parecer aprovado favoravelmente pelo relator, deputado Roberto Jefferson, propôs um substitutivo alterando os termos união civil para parceria civil registrada, com a finalidade de estabelecer uma diferenciação entre essa modalidade e a união estável tradicional. Sendo assim, a versão do projeto aprovada na Comissão Especial sugeriu, enfaticamente, em sua redação final, a alteração do termo “ união civil entre pessoas do mesmo sexo” para “ parceria registrada entre pessoas do mesmo sexo ”, entendendo ser o último mais adequado para enfatizar o caráter patrimonial e previdenciário que se pretende atribuir ao projeto de lei, e ainda, deixar claro que este contrato não se assemelha à união estável e nem, tão pouco, ao casamento.

O projeto propõe direito a herança, sucessão e benefícios previdenciários, em caso de morte do parceiro. O benefício do seguro-saúde na condição de dependente e a possibilidade de declaração conjunta de imposto de renda. Assegura o direito à nacionalidade no caso de estrangeiros que tenham parceiro cidadão ou cidadã brasileira.

Permite, ainda, o uso de renda conjunta para a compra de imóvel comum.

Pessoas do mesmo sexo, solteiras, viúvas ou divorciadas poderão registrar um contrato de Parceria Civil em cartório. Esse contrato deverá versar sobre patrimônio, deveres, impedimentos e obrigações mútuas. O contrato poderá ser desfeito por desistência das partes ou por morte de um dos contratantes. Tal contrato não poderá ser assinado com mais de uma pessoa e os contratantes não poderão casar durante a sua vigência.

O Projeto não eleva a união homoafetiva ao status de casamento, não permite que um parceiro use o sobrenome do outro. Proíbe a mudança do estado civil durante a vigência do contrato. A adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes, segundo o dispositivo em conjunto não é permitida, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros.

Esse projeto de lei nunca foi a plenário, tamanha polêmica que se formou à sua volta. Grupos religiosos se mobilizaram revirando velhas pregações carregadas de destemperado apelo moral. A autora, Marta Suplicy, atribui a confusão, e mesmo a má fé que se opõe ao projeto, à desinformação, começando no momento em que dizem se tratar de “casamento gay”, o que não está previsto no projeto.

O projeto de Lei nº1.151/95 não pretende equiparar união civil de pessoas do mesmo sexo a casamento. Casamento define uma união estável entre atores de sexos diferentes, tal como firmado no texto constitucional, envolvendo aspectos de cunho religioso e reprodutivo. Por sua vez, união civil refere-se a um contrato firmado entre atores do mesmo sexo, centrado em questões patrimoniais e previdenciárias.

Esse contrato de parceria registrada apenas solucionaria a questão patrimonial e previdenciária dos casais homoafetivos, dada a insuficiência de utilização tanto do instrumento de adoção quanto o do testamento. Por tratar-se de um contrato, a correta fundamentação jurídica desta parceria estaria ancorada nos direitos e garantias fundamentais, e não no âmbito da família ou do casamento, como, a nosso ver, seria mais adequado, considerando se tratar de uma relação, antes de tudo, de caráter afetivo e não patrimonial.

O instituto da união civil entre pessoas do mesmo sexo pode vir a ser um instrumento para a redação de uma desigualdade tida por ilegítima: a dos homossexuais face aos heterossexuais. A princípio, permitiria estender às relações homoafetivas estáveis aos direitos patrimoniais e previdenciários de que dispõem os casais heterossexuais. Contudo, poderia possuir um efeito mais amplo, atuando sobre discriminações dirigidas à identidade homossexual, propiciando efetivar, nas relações cotidianas, um tratamento adequado, indiferenciado, capaz de esvaziar estigmas vinculados à homossexualidade, como, por exemplo, quanto à relação entre orientação homossexual e propagação do vírus HIV.

Trata-se de possibilitar uma igualdade de direitos da identidade homoafetiva face a heteroafetiva, na perspectiva de uma igualdade de todos perante todos, à revelia da orientação sexual de cada qual.

Não é razoável negar a casais homoafetivos direitos tão elementares, como o direito à sucessão ou aos benefícios previdenciários. O que se esperava do Congresso, ao examinar as questões propostas neste projeto de lei, é que estas questões fossem vistas com espírito humanitário e de cidadania. Não interessa-nos quem é favorável ou contrário ao relacionamento homoafetivo e sim quem é a favor da cidadania.

O projeto de Lei 1.151/95 entrou e saiu de pauta por seis vezes, nunca tendo sido votado no plenário, continua tramitando no Congresso onde esbarra na base governista e nas bancadas religiosas. Mesmo ainda não tendo alcançado seu objetivo, de regulamentar a parceria civil entre pessoas do mesmo sexo, o projeto já cumpriu papel importante alavancando a discussão dos direitos humanos no Brasil, o que já pode ser considerado uma conquista.

Recentemente foi encaminhado à Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 6.960/2002, de autoria do Deputado Federal Ricardo Fiúza. Este Projeto de Lei propõe a modificação do novo Código Civil em alguns pontos, possibilitando que os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo sejam reconhecidos como união estável, sugerindo que seja acrescentado ao Código que entrou em vigor em 10 de janeiro de 2003 o art. 1.727 – A, com a seguinte redação: “ As disposições contidas nos artigos anteriores – 1.723 e 1.727 que regulamentam a união estável – aplicam-se , no que couber, às uniões fáticas de pessoas capazes, que vivam em economia comum, de forma pública e notória, desde que não contrariem as normas de ordem pública e os bons costumes.”

Em justificativa ao Projeto de Lei 6.960 o deputado Ricardo Fiúza declarou: “É imperioso que se acrescente dispositivo que reconheça direitos patrimoniais às uniões fáticas de duas pessoas capazes, mesmo porque a própria jurisprudência já vem atribuindo a essas uniões os mesmos efeitos jurídicos das sociedades de fato. Entendo que pelo menos a questão patrimonial entre parceiros civis deve ser disciplinada no direito de família.”

No passado, a união estável não era abarcada dentro do Direito de Família. Antes da Carta Magna de 1988 a jurisprudência contemplava a união estável com o nome de concubinato, apenas com direitos no âmbito do Direito das Obrigações, identificando como sociedade de fato o que nada mais era do que uma sociedade de afeto. Nos parece que as circunstâncias que a união homoafetiva enfrenta em nosso país hoje são as mesmas enfrentadas pela união estável antes da Constituição federal de 1988.

A omissão do legislador em regulamentar situação que não gozam de plena aceitação social marginaliza os homoafetivos, como no passado também marginalizou os concubinos. O resultado desse silêncio do legislador acaba por ser nefasto pois a inexistência de legislação desencoraja os julgadores a reconhecer relações sociais que reclamam proteção jurídica.

As relações homoafetivas, apesar de hoje serem conhecidas e reconhecidas como fato social pela maioria da sociedade, são deixadas na invisibilidade pelo direito de nosso país. O que não raro permite insuportável enriquecimento injusto, pois a negativa de identificar esses relacionamentos como entidade familiar faz, no caso de morte de um dos parceiros, migrar o patrimônio, conquistado na vida em comum, para as mãos de quem, muitas vezes repudiou a orientação sexual de seu parente. A omissão do legislador é mais perniciosa quando pensamos em suas conseqüências em face da negativa aos parceiros de pensão alimentícia.

O projeto de Lei de 6.960/2002, nos parece a mais sensata proposta surgida em nosso país até o presente momento na tentativa de emprestar visibilidade as relações homoafetivas.

Entendemos que a equiparação da união homoafetiva à união estável tradicional é o caminho lógico para o instituto que carece de referendo legal para que seja inserido no Direito de Família.

Uma das principais metas do Plano Nacional de Direitos Humanos, PNDH, lançado pelo governo federal em 2005, é a defesa da parceria civil entre pessoas do mesmo sexo. O Ex.

Presidente Fernando Henrique Cardoso recebeu o apoio de representantes do movimento gay em Brasília. Ao final da solenidade no Palácio do Planalto Fernando Henrique posou com a bandeira que simboliza o movimento, o Arco-Íris.

O Ex Presidente da República apoiou publicamente o Projeto de Lei nº 1.151/95 durante o lançamento do Plano Nacional de Direito Humanos: “Ressalto a recomendação para que o governo apóie o projeto de lei em tramitação no Congresso que trata da parceria civil entre pessoas do mesmo sexo”. Após o discurso Fernando Henrique Cardoso foi abordado pelo presidente do grupo de homossexuais de Brasília, Welton Trindade. “Lute por nossa cidadania”, disse ele. “Com certeza”, respondeu Fernando Henrique.

O Segundo Plano Nacional de Direitos Humanos apóia a regulamentação da parceria civil entre pessoas do mesmo sexo e estimula a adoção de crianças sem discriminação do postulante por sua orientação sexual, raça ou gênero. Apóia o mesmo princípio na concessão da guarda de menores.

A bancada governista sempre foi um dos principais empecilhos para a aprovação do projeto e o Presidente da República nunca tentou articular sua base aliada, coisa que sabe fazer como poucos, na tentativa de aprovar o projeto de lei. Agora parece-nos um tanto intempestiva tal iniciativa.

Segundo o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello Filho, nada impede que o magistrado construa interpretações próprias a partir da necessidade de realizar os fins sociais a que se dirige a lei, mesmo porque, completa o ministro, nada existe em nosso sistema jurídico que impeça esse tratamento no caso de uma união homossexual. O poder judiciário já reconheceu que a formação de um patrimônio comum, a partir do esforço de ambos os consortes, impõe a divisão dos bens no momento da separação. “Sou a favor da legitimação da união de pessoas do mesmo sexo. Essa é uma realidade inevitável.”, conforme declaração veiculada na imprensa escrita.

Conforme anteriormente mencionado, O Projeto de Lei 1.151/95 foi uma importante iniciativa para a normatização das uniões homoafetivas em nosso país. Porém, este projeto já está ultrapassado por ancorar-se apenas no aspecto patrimonial da parceria. A união homoafetiva deve ser considerada uma união familiar por basear-se no afeto como a união estável tradicional. A união entre pessoas do mesmo sexo não pode continuar esquecida pelo nosso ordenamento.

Sem dúvida, o direito não pode prescrever o direito à homoafetividade, o afeto a uma pessoa do mesmo sexo é um direito individual ao qual não cabe juízo de valor. Ao direito cabe assegurar o direito de escolha dos cidadãos.

O Direito à homoafetividade é, sem dúvida, uma expressão da cidadania. Recusar proteção legal aos parceiros do mesmo sexo é negar-lhes sua cidadania, é recusar ao homoafetivo o seu direito a ter direitos individuais. No mundo contemporâneo, voltado cada vez mais para os direitos da humanidade, em face aos direitos de soberania, não há espaço para a intolerância com as minorias.

Talvez devêssemos, antes de tudo considerar as diferenças. É a partir das diferenças e da convivência com alteridade que é feita a verdadeira democracia e torna-se possível estar mais próximo do ideal de justiça.

Não nos cabe julgar o indivíduo que destila suas emoções em um corpo semelhante ao seu, a nós, cidadãos, compete exigir que todas as pessoas sejam tratadas com isonomia, pois um direito de exceção é nocivo à sociedade como um todo.

Quando e de que maneira poderemos ensinar, convencer, persuadir as novas gerações de que classificar sócio-moralmente as pessoas por suas inclinações sexuais é uma insensatez que teve, historicamente, péssimas conseqüências éticas. Muitos sofreram por isso; muitos mataram e morreram por esta crença inconseqüente e humanamente perniciosa.

Mesmo com a alteração dos princípios e paradigmas do Direito de Família, continuamos identificando as pessoas socialmente as pessoas por suas preferências ou inclinações sexuais. De alguma forma estamos sempre procurando colocar o selo da legitimidade ou ilegitimidade em determinadas relações sexuais.

O Direito é um dos mais importantes instrumentos de inclusão e exclusão das pessoas no laço social. É o Estado, através de seu ordenamento jurídico, que prescreve as normas de apropriação e expropriação à categoria de cidadãos. Sem dúvida, um dos principais critérios de expropriação da cidadania sempre foi o de desconsiderar o diferente. A tendência é mesmo a estigmatização e marginalização de todos aqueles que não têm sua preferências sexuais de acordo com determinados padrões considerados normais.

A questão da união homoafetiva não diz respeito apenas à conotação afetiva da relação, essas uniões geram efeitos patrimoniais com a convivência pública e duradoura e a formação de patrimônio comum pelos parceiros homoafetivos.

Com o intuito de regular procedimentos adotados para a concessão de pensão por morte de companheira ou companheiro homoafetivo, o Instituto Nacional da Seguridade Social, INSS, expediu Instrução Normativa nº25 de 07 de junho de 2000, atendendo a determinação de ordem judicial expedida pela juíza Simone Barbisan Fontes, da 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre, que deferiu, liminarmente, ação pública, proposta pelo Ministério Público Federal, equiparando os direitos previdenciários de homossexuais e heterossexuais, deferindo pedidos de pensão por morte dos companheiros homossexuais dos segurados falecidos.

É oportuno constar que o INSS não admite, até ainda porque contesta judicialmente a pretensão, e nega a concessão do benefício a homoafetivos, por não entender compatibilizada com o conjunto normativo em vigor.

A pretensão jurídica que deu origem a concessão do benefício pela magistrada gaúcha tem por principal fundamento a alegação de que a Constituição em seu art.3º, inciso IV, proíbe qualquer forma de preconceito, inclusive em função de sexo.

O Procurador Geral da República, Geraldo Brindeiro, enviou parecer ao STF onde afirmou existir lesão à ordem pública contra a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul onde a Egrégia Corte entendeu ser possível o parceiro ou parceira homoafetivas receber benefícios previdenciários. No mesmo documento o Procurador pede o deferimento do pedido de suspensão da execução da medida liminar feito pelo INSS contra a 3º Vara Previdenciária de Porto Alegre.

A desembargadora gaúcha Maria Berenice Dias defende a legalização das uniões homoafetivas, segundo Maria Berenice, a Constituição Federal de 1988 ignorou a existência de entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo.

Para a desembargadora, a família não se diferencia mais pela ocorrência do casamento, e a prole não é elemento essencial para a constituição da família. Se a prole ou capacidade procriativa não são essenciais, não se justifica a Constituição ter deixado de abrigar sob o conceito de família, a convivência entre pessoas do mesmo sexo.

O Direito Brasileiro passou, assim, a valorizar a afetividade. As relações familiares impregnaram-se de autenticidade, sinceridade e amor, deixando de lado a hipocrisia da legalidade escrita. A desembargadora gaúcha entende ainda, que o tratamento diferenciado a alguém que se orienta em direção a outrem do mesmo sexo evidencia uma clara discriminação a própria pessoa, em função de sua identidade sexual.

Em consonância com esta interpretação favorável à união homoafetiva está a ex prefeita de São Paulo e sexóloga Martha Suplicy, que propôs uma emenda à Constituição, de nº 139/95, para a alteração dos arts. 3º e 7º da CF, incluindo a proibição de discriminação por orientação sexual.

Infelizmente, tais iniciativas são, ainda, isoladas em se tratando do Direito de Família Brasileiro. A maioria dos juristas considera excluída a união entre pessoas do mesmo sexo do contexto familiar. Vejamos alguns argumentos contrários à união homoafetiva:

Francisco José Cahali pondera que “como primeiro requisito essencial para a verificação da união estável indica-se a diversidade de sexo entre companheiros, ou seja, é indispensável ao vínculo o relacionamento entre homem e mulher, como único apto a produzir efeitos enquanto entidade familiar, excluídas as relações homossexuais”.

“...certamente acompanhando a ainda tradicional visão da sociedade brasileira a respeito, o constituinte manteve-se firme e rigoroso quanto ao requisito da diversidade de sexo para a constatação da união estável enquanto entidade familiar. Assim, para o nosso atual sistema, a constituição reafirma a restrição ao conceito e caracterização da união estável á convivência entre homens e mulheres, mantidas, pois, as relações homossexuais à margem do direito, para efeito de reconhecimento de prerrogativas e obrigações institucionais ou protetivas do Estado, especialmente no âmbito do direito de família.”

Consideramos animador e pertinente o Projeto de Lei 6.960/2000, a proposta do deputado Ricardo Fiúza merece nossa consideração por mostrar-se coerente com o contexto mundial no qual o sociedade tende a dar visibilidade a relações fáticas que carecem do referendo legal. Trata-se de um “grande passo a proposta de enlaçar com a proteção da cidadania e envolver com o manto da juridicidade quem só quer ter o direito de ser feliz, pois a ninguém é outorgado o direito de iniciar um único caminho em busca da felicidade.”

\*Estudante de Direito das Faculdades Jorge Amado  
brunomaia3008@hotmail.com

Disponível em:

<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1105&idAreaSel=2&seeArt=yes>. Acesso em: 13 mar. 2008.