

FAMÍLIA HOMOAFETIVA – UMA HISTÓRIA DE AMOR E LEPTOSPIROSE¹

Carlos Frederico Mendes Reis de Freitas e
Letícia Costa Leite Lima²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Conceito de família; 2. Princípios constitucionais no direito de família; 3. Família homoafetiva; 3.1. Avanços jurisprudenciais; 4. Estudo de caso: Uma história de amor e leptospirose; Conclusão; Referencias bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: FAMÍLIA, HOMOAFETIVIDADE, PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar juridicamente as relações homoafetivas em face dos princípios constitucionais positivados na CF/88 assim como expor os avanços jurisprudenciais no sentido de ampliação ao direito dos homossexuais. Além disso, o artigo traz um estudo de caso, que relata a dificuldade de um casal homossexual diante da inexistência de vínculo jurídico entre eles.

INTRODUÇÃO

1. CONCEITO DE FAMÍLIA

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as relações familiares tiveram grandes ganhos, estando em um único dispositivo “a abolição de séculos de preconceitos que contornavam o conceito de família”³, que “é o primeiro agente socializador do ser humano”⁴, é a base da sociedade, e por isso deve ser protegida. Pela primeira vez, as famílias plurais eram reconhecidas na legislação brasileira, assim como reconheceu o papel jurídico do afeto que deu novos alcances a norma.

O jurista Dalmo Dallari vai afirmar que:

Toda sociedade humana necessita de normas, entretanto, estas não devem ser postas arbitrariamente nem podem ser uniformes para todos os lugares em todas as épocas não bastam a existência de leis, pois para que elas se justifiquem e sejam respeitadas é preciso que tenham origem democrática e sejam instrumentos de justiça e de paz.⁵

¹ Paper apresentado a disciplina de Direito de Família e Sucessões ministrada pela professora Simone Vinhas

² Graduandos do 6º período do curso de Direito vespertino da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 725

⁴ Maria apud Tania da Silva Pereira 29

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2ª Ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2002. P. 124.

O Estado, assentou como missão a preservação do organismo familiar, já que é sobre ele que sua base é ajustada, passou assim, a dar proteção especial para além do modelo de família convencionalmente conhecido formado por um casal e seus filhos, protegendo também a família monoparental e também a família natural. Essa garantia de proteção incluía ainda a garantia da igualdade entre os membros dessas entidades familiares. O núcleo da família deixou de ser patriarcal passando a ser o amor, o afeto, o respeito, sendo esses elementos essenciais para a formação familiar. Deste modo, verifica-se que o conceito rígido de convivência familiar já não impera entre nossos juristas, legisladores e entre a própria sociedade.

O comportamento social e a vida familiar evoluíram, e as mudanças no comportamento social, a emancipação feminina, os avanços da engenharia genética, tudo isso, fez desabar o mito da antiga e decantada família patriarcal, pois, se o casamento já não é perpétuo, a família não é um fim em si mesma e sexo não se destina somente à procriação. A concepção legal da família contemporânea não encontra mais um modelo único para se expressar, sendo ela porosa e plural, pois recebeu e incorporou as modificações ocorridas nos costumes de nossa sociedade, modificações essas influenciadas por fatores de ordem social, econômica e tecnológica. A busca da realização e da felicidade pessoal passou a ser a tônica das relações de convivência familiar e social, e essas tornaram-se não só mais complexas, como também, plurais.⁶

Mesmo que as uniões homossexuais ainda não possam ser consideradas na forma legal como relações de casamento ou união estável, elas podem figurar no âmbito social como a possibilidade de constituição de família com sob o eixo da conjugalidade na união, por conta da liberdade de opção sexual que cada um tem, que decorre principalmente da vontade da realização pessoal, esta possibilidade é pode ser embasada na única referencia legal oriunda da Lei Maria da Penha (lei 11.340/2006), que define família como uma relação íntima de afeto independente da orientação sexual.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA

A ausência de normas regulamentadoras das relações homossexuais no âmbito jurídico não gera problemas apenas no aspecto social, mas também na própria efetivação da Constituição. Isto porque os princípios constitucionais devem ser tidos como norteadores de todo o ordenamento jurídico e, uma vez desrespeitados, podem vir a fazer da

⁶ DOURADO, Patrícia Fideles. **Família Homoafetiva: proteção jurídica**. P. 3.

Magna Carta um mero pedaço de papel.⁷

Em face disso, é possível destacar os seguintes princípios constitucionais como fundamentos jurídicos que ensejam a regulamentação das relações homoafetivas: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da liberdade e o princípio da igualdade. O primeiro se encontra logo no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 como sendo o terceiro fundamento elencado para a constituição do Estado Democrático de Direito. Segundo Maria Berenice Dias, a dignidade da pessoa humana representa o conjunto das “condições existenciais mínimas para uma vida saudável”.⁸ Sendo assim, a impossibilidade encontrada pelos homossexuais de estabelecerem uma relação jurídica baseada na afetividade e que seja reconhecida legitimamente como uma entidade familiar carrega uma situação fática de plena ausência do direito de personalidade.

O valor da pessoa humana assegura o poder de cada uma exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de for íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade. Representa fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da existência humana.⁹

Já o princípio da igualdade possui previsão legal no caput do artigo 5º da Magna Carta em que defende o tratamento igualitário a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais. Além disso, o artigo 3º, IV, busca proibir qualquer forma de preconceito ou discriminação, inclusive por orientação sexual. O mesmo é feito no artigo 7º, XXX, no que se refere à diferenças de salários, exercícios de funções e critério de admissão. Esses três dispositivos têm o intuito de evitar qualquer tratamento desigual entre pessoas de opções sexuais diferentes.

Entretanto, o próprio artigo 226, parágrafo 3º da CF/88, vai de encontro aos três dispositivos explicados acima no que se refere à igualdade. A entidade familiar só é reconhecida para efeitos de proteção estatal se for formada por pessoas de sexos diferentes. Esta não seria uma forma de discriminação por orientação sexual? Não há outro dispositivo que dê o mesmo reconhecimento à relação homoafetiva. Inclusive essa omissão legislativa evidencia a dificuldade de pessoas do mesmo sexo de desenvolverem vínculos afetivos e patrimoniais com segurança jurídica.

⁷ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4 edição. Editora Lumen Juris: 1998. Página 41.

⁸ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva**. Página 103

⁹ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva**. Página 103

O mesmo pode ser invocado no que se refere ao princípio da liberdade, a questão da relação homoafetiva se encontra no âmbito do direito privado, entretanto o Estado não reconhece juridicamente e nem justifica razões relevantes e constitucionalmente válidas para limitar tal liberdade.¹⁰ Portanto, a CF/88 defende a coibição de quaisquer tratamentos diferenciados às pessoas por motivos de orientação sexual, mas não oferece a possibilidade de vínculo conjugal entre pessoas do mesmo sexo. Trata-se de uma evidente interferência na vida privada e que possui uma afronta ao princípio da liberdade, tendo em vista que os homossexuais só podem casar com pessoas de sexo diferente, o que os exclui do direito de legitimarem sua preferência e opção sexual.

3. FAMÍLIA HOMOAFETIVA

O problema enfrentado nas relações homoafetivas tem início justamente na Carta Maior, que prevê expressamente em seu artigo 226 §3º, que para efeito da proteção do Estado, *é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar*. Desta forma, nota-se que apesar do grande avanço ocorrido por conta da instauração da igualdade de proteção dos membros da família, o legislador pareceu não dar conta das alterações sociais, não acompanhando as inquietações das famílias contemporâneas, silenciando no que diz respeito a união homoafetiva, mas isso não quer dizer que elas não merecem reconhecimento como entidade familiar.

A omissão do legislador no que tange aos direitos homossexuais mostra que nosso poder judiciário e legislativo são constantemente influenciados pelas concepções político-ideológicas de seus componentes e da sociedade. Destarte, percebemos a existência das diversas ideologias que os compõem, por elas “há um mascaramento da realidade social que permite a legitimação da exploração e da dominação. Por meio delas tomamos o falso como verdadeiro, o justo como injusto”.¹¹

Pode-se perceber, portanto a existência do mito da neutralidade, já defendido por Pierre Bourdieu em sua obra, *O Poder Simbólico*¹². Através deste mito acredita-se na

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva**. Página 105

¹¹ CHAUI, Marilena. **O que é ideologia**. 34ª Ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991.

¹² BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008. p. 97.

desconstrução da neutralidade antes dada ao jurista e fortalecida pelo princípio da imparcialidade do juiz. Ou seja, ao invés do legislador sinalizar a neutralidade com a defesa do direito dos homossexuais acaba por reconhecer um grande preconceito ao não assegurar o direito daquela minoria por receio de represália do restante da sociedade.

Maria Berenice tem uma interpretação ampla do dispositivo constitucional acima transcrito, o percebendo apenas como norma geral, não esgotando as formas de convívio merecedoras de tutela, quando estas se adequarem ao convívio duradouro, público e com a afetividade. Ou seja, a doutrinadora quebra com a interpretação pura e simples do dispositivo partindo para uma interpretação que leva em conta um dos princípios basilares da Carta Magna, o princípio da dignidade da pessoa humana.

“A sociedade evolui, transforma-se, rompe leis. A tendência é simplesmente proceder à atualização normativa, sem absorver o espírito das silenciosas mudanças alcançadas no seio social, o que fortalece a manutenção da conduta de apego a tradição legalista, moralista e opressora da lei”¹³. As relações homoafetivas, não são tendências, mas realidade, posto que a homossexualidade acompanha a história da humanidade, tendo estudos que atestam a sua existência desde a Antiguidade. Cabe lembrar que

não é crime, nem pecado; não é uma doença grave nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de conviver com homossexuais. É simplesmente uma outra forma de viver. A origem não se conhece. Aliás, nem interessa, pois, quando se buscam causas, parece que se está atrás de um remédio, de um tratamento para encontrar cura para algum mal.¹⁴

A saída para aqueles que mantêm uma relação com uma outra pessoa do mesmo sexo ainda é a regulação da convivência através de um contrato escrito, que irá constituir uma “sociedade de fato”, todavia como estabelecer um contrato de sociedade entre pessoas que não estão ligadas por um negócio jurídico, mas sim pelo afeto?

O preconceito ainda é o maior entrave no que tange a proteção dos direitos dos homossexuais, existe resistência dos tabeliões em aceitarem os contratos de união homoafetiva e até dos próprios advogados em atender as demandas do seguimento homossexual, muitos alegam simplesmente o fato de não existir lei e que o judiciário não reconhece esses direitos.

¹³ Marcos Colares .. maria 29

¹⁴ Berenice 197

Apesar do repúdio social que as relações homoafetivas trazem consigo ele não é suficiente para que as pessoas simplesmente desistam do objetivo da busca da felicidade. Somente através dessa visibilidade é que irão conseguir território livre e direito a liberdade sexual.

3.1. AVANÇOS JURISPRUDENCIAIS

Diante da dificuldade do legislativo em aprovar uma lei que reconheça a união homoafetiva como entidade familiar por conta do medo dos parlamentares em enfrentar a reprovação social e a perda de votos, o Judiciário pode desenvolver um papel importante no desenvolvimento das conquistas dos direitos dos homossexuais.

Dotados da autenticidade de intérpretes da Lei, os juízes podem ao analisar o caso concreto, criar Direito.¹⁵ As decisões judiciais têm se encaminhado para uma polarização entre os que negam as uniões homossexuais por não se enquadrar nem na união estável e nem no casamento e as que reconhecem a união homoafetiva como entidade familiar. Os magistrados devem fazer uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.¹⁶

Os dois principais avanços da jurisprudência residem na ADPF132, em que o Ministro Carlos Ayres Brito é o relator, e o Recurso Especial 238.715/RS. No primeiro, o Ministro Celso de Mello alegou que a ADPF seria o melhor instrumento para a discussão das relações homoafetivas e o segundo foi julgado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros e traz a possibilidade de equiparação dos direitos dos homossexuais em relação os heterossexuais com referencia ao principio da dignidade da pessoa humana.¹⁷

4. ESTUDO DE CASO: UMA HISTÓRIA DE AMOR E LEPTOSPIROSE

O princípio da afetividade rege a concepção de família na contemporaneidade. Há mais ou menos duas décadas um casal divide uma casa, uma rotina, uma vida, através de um relacionamento com convivência pública e duradoura cuja idéia de família foi obtida pelos laços afetivos que visivelmente ligam este casal. Entretanto, esses requisitos que seriam suficientes para caracterizar uma entidade familiar conforme o

¹⁵ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Editora Martins Fontes: São Paulo, 1995. Página 394

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva**. Página 32

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva**. Página 168 e 169

Código Civil e a Constituição Brasileira não são suficientes quando se trata de um casal do mesmo sexo.

Chega até mesmo a ser espontânea a idéia de reconhecer como família apenas aquela formada por homem e mulher que foram atrelados pelo casamento. O senso comum acaba por restringir o conceito de família a esse imposto pela religião que apesar de não possuir a mesma força da antiguidade ainda permeia a vida das pessoas. “Vivemos em um país ‘heterocentrado’, machista por natureza. Somos regidos invisivelmente pela religião que ao longo dos milênios tem sido um cancro para a evolução do pensamento humano”¹⁸.

“Uma história de amor e leptospirose”, foi o título escolhido por César Almeida, autor, diretor e dramaturgo paranaense, para homenagear seu companheiro, ou como ele mesmo denomina, seu “cônjuge”, por quase duas décadas de relacionamento amoroso.

Há vinte anos, nascia uma relação que iria enfrentar os tabus da sociedade brasileira em busca da concretização dos direitos a liberdade, nela dois homens construíram um relacionamento que para eles possuía todos os elementos necessários para configuração de uma “união estável”, entretanto para as normas que governam o país não.

Em decorrência de anos de convivência e respeito mútuo os dois obtiveram um patrimônio em que ambos tiveram parcelas praticamente iguais de participação. Infelizmente ou felizmente, nunca pensaram que em um momento ou outro a relação poderia acabar e a partir daí fariam o que? A legislação brasileira não protege as relações homoafetivas no que tange a separação de bens, nem o direito a sucessão.

Em dezembro de 2009, após um longo período internado na UTI de um hospital, o companheiro de César Almeida veio a óbito após ser acometido de leptospirose, em decorrência do trato com seus cachorros. O companheiro sobrevivente que nunca havia imaginado passar pela circunstância da morte de seu “cônjuge” teve que, além de enfrentar a dor, enfrentar o pesadelo de perder tudo o que havia construído com seu parceiro por conta da relação dos dois não ser regulamentada.

¹⁸ Entrevista com o teatrólogo César Almeida

Felizmente, por conta de possuírem uma relação de amizade e respeito mútuo, o companheiro sobrevivente conseguiu o apoio da família do falecido que cedeu parte do patrimônio de seu filho.

O desfecho deste caso pode não parecer problemático, entretanto ele só pode ser obtido devido a coragem de ambos em assumir publicamente sua relação, “provando a sociedade que são pessoas normais, e não bichos de outro planeta.”.¹⁹

CONCLUSÃO

Por fim, é possível observar que os objetivos e fundamentos da Constituição Federal de 1988 estão distantes de uma real efetivação. A ausência de regulamentação legal combinada com a resistência política em lidar com temas polêmicos são os principais motivos para o desamparo dos interesses das relações homoafetivas.

Ao passo em que, com essa lacuna normativa, restou demonstrado a violação de vários princípios constitucionais, o fundamento basilar da República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito também foi colocado em xeque: a democracia. Ora, a abrangência de seu conceito vai muito além da mera prevalência da vontade da maioria, mas também deve abarcar e garantir os interesses das minorias.

Dessa forma, não há dúvidas de que o Estado brasileiro deve reconhecer o direito à liberdade sexual e, conseqüentemente, a relação homoafetiva, não só para resguardar a vigência do princípio da igualdade, mas também para exercer o princípio democrático.

¹⁹ Entrevista com o teatrólogo César Almeida

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, César. **Em entrevista**. Datada de: 20 de março de 2010.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. 34ª Ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2ª Ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias** – 6 ed. rev. atual. ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família** vol. 2 – Ed. reform – São Paulo, Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Editora Martins Fontes: São Paulo, 1995

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva**.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4 edição. Editora Lumen Juris: 1998