

O CASAMENTO COMO UM INSTITUTO DE DIREITO CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO: A HOMOAFETIVIDADE

Gabriela Soares Balestero¹

“Época triste a nossa, em que é mais difícil quebrar um preconceito do que um átomo.” (Albert Einstein)

“Em nome de uma moral sexual dita civilizatória, muita injustiça tem sido cometida. O Direito, como instrumento ideológico e de poder, em nome da moral e dos bons costumes, já excluiu muitos do laço social.” (Rodrigo da Cunha Pereira. *A sexualidade vista pelos tribunais*).

Resumo: O presente estudo trata da possibilidade do reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista que o casamento, sendo um instituto de direito civil e não religioso, é um direito fundamental e, portanto, não deve haver discriminações. As uniões homoafetivas e o casamento homossexual já são admitidas em vários países europeus e o Senado da Argentina recentemente aprovou o casamento homossexual se tornando a primeira democracia da América a aprovar tal lei.

Palavras-Chave: casamento homossexual; reconhecimento; direito fundamental; discriminações.

¹ Gabriela Soares Balestero, Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidad de Buenos Aires, Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, especialista em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada. Email: gabybalestero@yahoo.com.br.

MARRIAGE AS A CIVIL RIGHTS INSTITUTE IN BRAZILIAN LAW: THE HOMOSEXUALITY

Abstract: The present study deals with the possibility of recognition of marriage between persons of the same sex in order that marriage, being an institute of civil law and not religious, is a fundamental right and therefore there should be no discrimination. Homoafetivas unions and gay marriages are already allowed in several European countries and the Argentine Senate recently approved gay marriage becoming the first democracy in America to enact such a law.

Keywords: gay marriage; recognition; fundamental right; discrimination.

1. INTRODUÇÃO



Constituição Federal de 1988 trouxe novos modelos de família, mesmo não oriundas do casamento, dando-lhes igual tratamento e amparo jurídico.

Entretanto o reconhecimento das relações homoafetivas foi deixado de lado², pois o conceito constitucional de família engloba apenas a heterossexualidade, tanto nos institutos do casamento quanto da união estável. A ausência de inclusão jurídica da homoafetividade gera grande polêmica.

Na tentativa de derrubar o preconceito e buscar o reconhecimento jurídico - constitucional do diferente, vários debates foram travados sobre tais temas.

Recentemente, o Senado da Argentina aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo por 33 votos a 27 após 14 horas de debates e intenso protesto da Igreja Católica se tor-

² Houve uma tentativa de se prever algo durante a constituinte, mas acabou não passando.

nando a primeira democracia da América a aprovar tal lei.

Em um Estado Democrático de Direito, os processos de reconhecimento e inclusão são constantes. O sistema de direitos fundamentais deve estar apto a detectar que certa minoria não possui o devido reconhecimento – violando-lhe o direito de igual tratamento em sua diferença – e, pois, criar os meios necessários para incluí-la. Nesse sentido, mostra-se premente a inclusão constitucional da relação homoafetiva e do casamento gay, sendo essa uma realidade social, porém colocada à margem do descaso dos governantes, da violência e do preconceito.

Eis o objetivo do presente estudo.

2. DO CONCEITO: A HOMOAFETIVIDADE

O vocábulo homossexualidade foi atribuído ao médico húngaro Karoly Benkert no ano de 1869, formado pela raiz da palavra grega *homo*, que significa semelhante e pela palavra *sexus*, significando, portanto, o termo “sexualidade semelhante”. Em 1911, E. Harsh-Haak cunhou a expressão homoerotismo na tentativa de acabar com o preconceito e valorizar as experiências afetivo – homossexuais.

Porém infelizmente ainda hoje é usada a palavra perversão para designar as relações sexuais fora da heterossexualidade. Na França ainda é usada a expressão *inversão sexual* já que entendem que as qualidades morais do indivíduo permanecem havendo apenas uma alteração em sua conduta sexual.

Maria Berenice Dias, ao criar a expressão homoafetividade no ano 2000 procurou “evidenciar que as uniões de pessoas do mesmo sexo nada mais são do que vínculos de afetividade”³. Já Enézio de Deus Silva Júnior⁴ prefere a expressão homoessência, termo introduzido pela Associação Brasileira de

³ DIAS, 2009, p. 48.

⁴ DIAS, 2009, p. 48.

Estudos da Homocultura que estuda as minorias sexuais⁵.

Segundo Paulo Roberto Iotti Vecchiatti⁶ “a homossexualidade é o sentimento de amor romântico por uma pessoa do mesmo sexo. Não constitui doença, desvio psicológico, perversão nem nada do gênero.”

Nesse sentido, a homossexualidade⁷ não é uma doença,

⁵ “A Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT foi criada em 31.01.1995, com 31 grupos fundadores. Hoje é a maior rede GLBT na América Latina, composta por 203 organizações, sendo 141 grupos de gays, lésbicas, travestis e transexuais, e mais 62 organizações colaboradoras voltadas aos direitos humanos e AIDS. Na assembléia realizada por ocasião da Conferência Nacional, em junho de 2008, foi aprovada a alteração da sigla para LGBTT. A referência inicial é às lésbicas, depois aos gays e aos bissexuais. Os travestis, transexuais e transgêneros são contemplados pelos dois “T”. A nova grafia, ao tornar mais visível a homossexualidade feminina, se coaduna com as expressões utilizadas internacionalmente.” (DIAS, 2009, p. 49.)

⁶ “Tal entendimento é esposado internacionalmente pela Organização Mundial de Saúde, por meio de sua Classificação Internacional de Doenças n. 10, em sua última revisão de 1993 (CID 10/1993) e, nacionalmente, pela Resolução 01/1999 do Conselho Federal de Psicologia, e também pela Associação Americana de Psiquiatria desde a década de 1970. Assim, percebe-se que ela é uma das mais livres manifestações da sexualidade humana, ao lado da heterossexualidade. Não é ela uma ‘opção’ do indivíduo, pelo simples fato de que ninguém escolha em dado momento de sua vida se vai ser homo, hétero ou bissexual: as pessoas simplesmente se descobrem de uma forma ou de outra. Da mesma forma, não se consegue ‘trocar’ de orientação sexual ao longo da vida – os que se sentem genuinamente atraídos tanto por homens quanto por mulheres (ainda que em gradações diferentes) são bissexuais.” (VECCHIATTI, 2008, p. 110/111.)

⁷ “Como se sabe, a sociedade contemporânea ainda tem muitas reservas com relação a homossexuais. Em decorrência da ignorância e de seus preconceitos sobre o tema, acaba dispensando um tratamento muitas vezes discriminatório com relação a homossexuais – seja por meio de agressões físicas, verbais ou até mesmo pela proibição da manifestação homoafetiva em determinados locais, quando manifestações heteroafetivas idênticas são permitidas. Faz isso por considerar a homoafetividade uma conduta “imoral”, que seria passível de reprovação. Ora, se a sexualidade da pessoa dependesse da “opção” dela, qual pessoa escolheria de livre e espontânea vontade ser de uma forma que sofre o repúdio social? Qual pessoa não optaria em mudar para a orientação sexual que não é objeto de preconceitos? Entenda-se bem o que se está dizendo: não se trata de considerar esta ou aquela orientação sexual como “certa”, “natural”, e assim por diante. Trata-se apenas de afirmar que as pessoas optariam viver da forma mais fácil, sem a dificuldade “extra” do preconceito social. Afinal, aqueles que amam pessoas do mesmo sexo têm, além das mesmas dificuldades cotidianas daquelas que direcionam seu amor a pessoas de sexto diver-

nem uma opção e sim uma descoberta pessoal em um determinado momento da vida.

Mais importante é a constatação de que muito mais prejudicial o que a homossexualidade em si é o avassalador estigma social de que são alvo gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros. São indivíduos que experimentam sofrimento originado na intolerância e no injustificado preconceito social. A busca pela despatologização da homossexualidade visa a defini-la como simples variante natural da expressão sexual humana, um comportamento que determina uma maneira de viver diferente.⁸

A prática⁹ da homoafetividade sempre esteve prevista na história da humanidade pelo fato de ser natural o desejo sexual e o carinho por pessoas do mesmo sexo. Porém ainda hoje ela é apenas tolerada e não completamente aceita¹⁰.

Infelizmente, os efeitos jurídicos das relações homoafetivas ainda são poucos, pois há projetos de lei apresentados no Congresso Nacional que sequer foram votados¹¹ e o que se tem

so, a dificuldade oriunda da discriminação homofóbica, do desprezo social.” (VECCHIATTI, 2008, p. 110/111)

⁸ DIAS, 2009, p. 43/44.

⁹ “Não há ‘sugestionamento’ na orientação sexual – o sugestionamento é inócuo, pois não tem nenhuma influência na sexualidade, podendo tê-la apenas na forma como a pessoa se identifica na sexualidade, podendo tê-la apenas na forma como a pessoa se identifica socialmente em termos de sua sexualidade (no apresentar-se como homo, hétero ou bissexual, não no ser homo, hétero ou bissexual).” (VECCHIATTI, 2008, p. 111.)

¹⁰ “Se em um extremo estão os países mulçumanos e islâmicos, radicalmente conservadores, no outro estão a Holanda, os países nórdicos e mais recentemente a Argentina (restrita a Buenos Aires), como os mais liberais. Entre os conservadores e os liberais está o Brasil, um país com postura intermediária com tendências liberais pelas concessões feitas aos homossexuais.” (AMARAL, 2003, p. 17).

¹¹ O PLC 122/2006 ainda não votado pelo Congresso Nacional prevê que serão punidos, na forma da lei os crimes resultantes de discriminação, ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, incluindo inclusive a penalização da proibição da manifestação da afetividade em locais públicos. O Projeto de Lei de n. 6.655 B de 21 de fevereiro de 2006 prevê a alteração no art. 58 da lei de registros públicos possibilitando a substituição do prenome das pessoas transexuais. Há 14 anos, foi proposto um projeto de lei de união civil entre pessoas do mesmo sexo (PL 1. 151/95), mas, por pressão das bancadas religiosas, o projeto nunca chegou a ser votado e, atualmente,

conseguido até hoje são decisões judiciais e instruções normativas. Contudo, a omissão legislativa não pode servir de obstáculo à outorga de direitos e deveres nas relações homoafetivas.

A omissão legislativa em regulamentar a homoafetividade bem como prever a punibilidade à homofobia (popularmente conhecida como aversão, repúdio aos homossexuais) parece configurar uma tentativa infrutífera de exclusão de possibilidade de reconhecimento de direitos e de efeitos jurídicos de tais relações.

Portanto, a homoafetividade deve ser inserida no conceito de entidade familiar¹², pois se ainda não há a possibilidade do casamento¹³, as mesmas normas que regulamentam a união estável devem ser aplicadas, gerando inclusive efeitos patrimoniais e sucessórios no caso de falecimento de um dos companheiros¹⁴.

está defasado. Em março de 2009, foi apresentado outro projeto de Lei (PL 4.914/2009) que propõe que as mesmas garantias da união estável entre homem e mulher sejam válidas para casais formados por pessoas do mesmo sexo. O projeto que está sendo analisado pelo Comissão de Seguridade Social e Família facilitaria bastante a vida dos casais homoafetivos, principalmente no que se refere à adoção de crianças e adolescentes. Apesar de avançado, o projeto não prevê a conversão da união estável em casamento, o que elimina, por exemplo, o direito dos homossexuais casados de usar o sobrenome de seus companheiros.

¹² “A típica família brasileira – patriarcal, matrimonializada e hierarquizada – não escapou ao impacto da modernidade. Sua estrutura foi afetada e modificada por fenômenos que vão da urbanização e da industrialização, passando pelas revoluções tecnológicas, o movimento feminista, os anticoncepcionais e a diminuição da interferência da Igreja, até a instituição do divórcio no Brasil, em 1977. Tudo isso gerou novas espécies de família.” (JENCZAK, 2008, p. 89.)

¹³ “Apesar de não ser reconhecida, há iniciativas e conquistas isoladas nesse sentido. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, reconheceu o direito de herança, em caso de união homoafetiva (Apelação Civil 70001388982 da sétima câmara cível do TJRS). Mas a batalha ainda é muito grande nesse sentido. Para conseguir alguns avanços, é preciso usar argumentos semelhantes aos usados para comprovar as uniões estáveis.” (RANGEL, 2010, p. 76.)

¹⁴ “Dentre as diversas posições adotadas mundialmente com relação aos direitos dos homossexuais, podemos citar, a título de exemplificação a Dinamarca que foi o primeiro país a conceder direitos a casais homossexuais, em 1989, aceitando, hoje, a parceria registrada entre pessoas do mesmo sexo (o registro do relacionamento de casal homossexual comprometido). Porém, naquele país, não é aceita a adoção de

Ou seja, os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, que possuem a qualidades de efetivas normas de eficácia plena, devem ser usados como paradigma na interpretação tanto das normas constitucionais quanto das infraconstitucionais. Afinal, ditos princípios demonstram a vontade primordial do constituinte, a saber, a proibição de discriminações arbitrárias, donde só se pode ter como possível a extensão dos regimes jurídicos do casamento civil e da união estável aos casais homoafetivos.¹⁵

Nesse sentido, é necessária uma interpretação conforme à Constituição Federal, dispositivos que versam sobre a família, o casamento civil e a união estável somente podem ser interpretados de maneira a permitir o reconhecimento¹⁶ do *status* jurídico – familiar das uniões homoafetivas.

A ausência de previsão legal não implica na impossibilidade de aplicação dos princípios constitucionais da isonomia e dignidade da pessoa humana, considerando tanto o casamento quanto à união estável um direito fundamental.

3. DA POSSIBILIDADE DO CASAMENTO ENTRE PES-

crianças e há a exigência de quem ambos os parceiros sejam dinamarqueses. O mesmo ocorre na Noruega, Islândia e Suécia. A Holanda, em 2001, admitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, permitindo-lhes a adoção de crianças. Na Inglaterra em 1999, Martin Fitz Patrick e John Thompson foram considerados membros de uma família. Finalmente temos que falar da Argentina, mais especificamente Buenos Aires, onde, em dezembro de 2002, foi aprovada lei permitindo a união civil entre duas pessoas do mesmo sexo. A lei entrou em vigor em abril de 2003 tendo um casal, em julho do mesmo ano, formalizado e legalizado sua união noticiada em jornais de todo o mundo, inaugurando as conquistas concedidas pelo texto legal” (AMARAL, 2003, p.17/18.)

¹⁵ VECCHIATTI, 2008, p. 368/369.

¹⁶ “Ou seja, a expressão “o homem e a mulher”, existente nos dispositivos legais que regulam o casamento civil e a união estável, não pode ser interpretadas de forma proibida do casamento civil e da união estável entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista que estas são pautadas pelo mesmo *amor familiar* que aquelas. A única interpretação constitucionalmente válida em termos de *interpretação conforme* para ditos dispositivos é aquele segundo a qual *aquela expressão se limita a regulamentar expressamente o direito de duas pessoas de sexos diversos se casarem e manterem união estável sem que isso signifique o não – reconhecimento de tais direitos aos casais homoafetivos.*” (VECCHIATTI, 2008, p. 369).

SOAS DO MESMO SEXO: UM DIREITO CIVIL FUNDAMENTAL

Em 1.993 a Organização Mundial da Saúde por intermédio de sua Classificação Internacional de Doenças 10 consagrou a homossexualidade como uma das mais livres manifestações da sexualidade humana, sendo esse o posicionamento oficial da ciência médica mundial.

As uniões homoafetivas são admitidas nos países europeus e a Holanda foi o primeiro país que autorizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, igualando direitos e deveres, bem como os efeitos jurídicos do casamento heterossexual. Além disso, a nova lei holandesa que entrou em vigor em 01.04.2001 autorizou a adoção por casais homoafetivos e facultou a conversão das uniões civis existentes em casamento.

Posteriormente, em 01.02.2003, a Bélgica foi o segundo país que autorizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, porém o direito à adoção por homoafetivos somente existiu a partir de 01.12.2005.

Na Espanha, o governo de José Luis Rodríguez Zapatero legalizou, em julho de 2005, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, incluindo a possibilidade da adoção.

No Canadá¹⁷, a lei sobre o casamento de casais homossexuais e o direito a adotar entrou em vigor em julho de 2005. Anteriormente, a maioria das províncias canadenses já autorizavam a união entre pessoas do mesmo sexo.

Em novembro de 2006, a África do Sul se tornou o pri-

¹⁷ “O Canadá, por meio da Lei C-38, de 19.07.2005, acolheu o casamento entre homossexuais, concedendo-lhes os mesmos direitos deferidos ao casamento heterossexual, inclusive a possibilidade de adotar. O resultado de um censo revelou que o número de uniões entre pessoas do mesmo sexo teve crescimento percentual cinco vezes maior do que o casamento hétero. Cerca de 45.300 casais, legalmente casados ou não, se definiram como do mesmo sexo em 2006. Esse número representa 33% a mais do que em 2001. O número de casais heterossexuais cresceu apenas 6% no mesmo período. Desde que as uniões homoafetivas se tornaram legais, em 2005, houve 7.465 casamentos.” (DIAS, 2009, p. 68.)

meiro país do continente africano a legalizar a união entre duas pessoas do mesmo sexo através do "casamento" ou da "união civil".

Na Noruega, desde 1993, os homossexuais já tinham o direito de celebrar união civil. Uma lei norueguesa de janeiro de 2009 igualou os casais homossexuais e os heterossexuais, tanto para o casamento e a adoção de crianças quanto para a possibilidade de beneficiar-se de fertilização assistida.

A Suécia desde 1995 autorizava os casais homoafetivos a se unirem por união civil e desde maio de 2009, a Suécia concedeu direito de adoção de crianças por casais homoafetivos, além de permitir que casais homossexuais se casassem no civil e no religioso.

Em Portugal uma lei que entrou em vigor em junho de 2010, modificou a definição de casamento, suprimindo a referência a "de sexo diferente" no texto legal, contudo, o direito à adoção ainda é excluído pela legislação portuguesa.

Na Islândia, a primeira-ministra islandesa, Johanna Sigurdardottir, casou-se com sua companheira em 27 de junho, dia da entrada em vigor da lei que legalizou os casamentos homossexuais. Até então, os homossexuais podiam unir-se legalmente através da união civil.

Nos Estados Unidos, cinco estados autorizaram o casamento gay: Iowa, Connecticut, Massachussets, Vermont e New Hampshire, bem como a capital, Washington, enquanto no México só está habilitado no distrito federal, onde vivem oito milhões de pessoas.

O presidente da República da Irlanda, Mary McAleese, ratificou a nova lei de Relações Civis, que, pela primeira vez neste país concede reconhecimento legal de fato aos casais de mesmo sexo. Contudo a Irlanda não permite ainda os casamentos entre homossexuais, a nova legislação apenas reconhece os direitos dos casais de gays e lésbicas como em questões de propriedade imobiliária, bem-estar social, direitos de sucessão,

manutenção, previdência e impostos.

Outros países adotaram legislações referentes à união civil, que dão direitos mais ou menos ampliados aos homossexuais (adoção, filiação), em particular a Dinamarca, que abriu em 1989 a via para criar uma "união registrada", a França ao instaurar o PACS (Pacto Civil de Solidariedade) (1999), Alemanha (2001), Finlândia (2002), Nova Zelândia (2004), Reino Unido (2005) República Tcheca (2006), Suíça (2007), Uruguai e Colômbia.

No Brasil, semelhante ao que ocorre em outros países, é necessário, portanto, derrubar o preconceito e reconhecer constitucionalmente a homoafetividade como família de maneira a proporcionar o reconhecimento de direitos e de respeitar cada indivíduo em particular, independentemente de sexo, raça ou procedência étnica.

Essa exigência não visa em primeira linha ao igualamento das condições sociais de vida, mas sim à defesa da integridade de formas de vida e tradições com as quais os membros de grupos discriminados possam identificar-se. Normalmente ocorre que o não reconhecimento cultural coincide com condições rudes de demérito social, de modo que as duas coisas se fortalecem de maneira cumulativa. Polêmico é definir se a exigência 2 resulta da exigência 1 – ou seja, se ela resulta do princípio de que deve haver igual respeito por cada indivíduo em particular – ou se essas duas exigências têm mesmo de colidir, ao menos em alguns casos.¹⁸

O sistema de direitos não pode desprezar as diferenças¹⁹,

¹⁸ HABERMAS, 2007, p. 240.

¹⁹ “A política neoconservadora tem uma certa possibilidade de realização se ela encontrar uma base nessa sociedade cindida, segmentada; que ela mesma produz. Os grupos excluídos ou oprimidos à margem não dispõem de nenhum poder de veto, pois representam uma desarticulada minoria segregada do processo de produção. O padrão cada vez mais utilizado no quadro internacional entre a metrópole e a periferia subdesenvolvida parece reiterar-se no interior da sociedade capitalista desenvolvida: os poderes estabelecidos dependem cada vez menos do trabalho e da disposição de cooperação dos empobrecidos e privados de direitos para sua própria reprodução. Entretanto, uma política precisa não apenas poder se impor, ela tem de funcionar também. Mas um abandono definitivo dos compromissos sócio-estatais deixa-

sendo necessária uma política de reconhecimento que preserve a integridade do indivíduo, até mesmo em suas condições mais vitais garantidoras de sua própria identidade.

O liberalismo 1 ignora a *equiprocendência* das autonomias privada e pública. Não se trata aí apenas de uma complementação que permaneça externa à autonomia privada, mas sim de uma concatenação interna, ou seja, conceitualmente necessária. Pois os sujeitos privados do direito não poderão sequer desfrutar das mesmas liberdades subjetivas enquanto não chegarem ao exercício conjunto de sua autonomia como cidadãos do Estado, a ter clareza quanto aos interesses e parâmetros autorizados, e enquanto não chegarem a um acordo acerca das visões relevantes segundo as quais se deve tratar como igual o que for igual e o desigual o que for desigual.²⁰

O artigo 1.514 do Código Civil Brasileiro prevê que “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”. Por esse dispositivo tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem que a diversidade de sexos é condição para a existência do casamento civil.

Nesse sentido, ensina-nos Andrew Sullivan: “Alguns podem argumentar que casamento é, por definição, entre homem e mulher; e que é difícil contrapor-se a uma definição. Mas, se o casamento for articulado mais além desse decreto circular, então o motivo de ser exclusivo a um homem e a uma mulher desaparece. O cerne do contrato público [de casamento civil] é um vínculo emocional, financeiro e psicológico entre duas pessoas; nesse aspecto, hêteros e homos são idênticos”.²¹

A ausência de amparo legal da legislação brasileira ao casamento civil homoafetivo é discriminatória tendo em vista que viola o princípio a igualdade, conferindo menos direitos

ria, necessariamente, vazios funcionais que só poderiam ser preenchidos através de repressão ou desamparo.” (HABERMAS, set. 87, p. 110/111.)

²⁰ HABERMAS, 2007, p. 242.

²¹ SULLIVAN, 2004, p. 64/65.

aos casais homoafetivos do que aos heteroafetivos.

Contudo, é somente com o casamento civil ou com a união estável que um casal pode auferir os benefícios do Direito de Família, ao passo que as uniões que não são reconhecidas nem como união estável (a saber, o namoro e o concubinato) não recebem proteção nenhuma do Direito. Assim, defender que não haveria discriminação jurídica ao não se reconhecer a possibilidade jurídica do casamento civil e da união estável a determinado grupo de indivíduos implica aduzir que ditos regimes jurídicos teriam os mesmos feitos jurídicos do concubinato! Data máxima vênia, este entendimento é absolutamente equivocado.²²

Ou seja, em prol do respeito ao princípio da isonomia²³ é proibido tratamento diferenciado a determinada classe de indivíduos. Portanto, tal discriminação é ilógica, irracional e descabida.

Uma leitura “liberal” do sistema de direitos que ignore essa relação não tem saída senão entender erroneamente o universalismo dos direitos fundamentais como nivelamento abstrato de diferenças, e de diferenças tanto culturais quanto sociais. Caso se queira tornar o sistema de direitos efetivo por via democrática, é preciso que se considerem as diferenças com uma sensibilidade sempre maior para o contexto. Ontem como hoje, a universalização dos direitos, sistema que logra manter segura a integridade dos sujeitos jurídicos, mas não sem um tratamento rigidamente igualitário (e monitorado pelos próprios cidadãos) dos contextos de vida de cada um, os quais originam sua própria identidade individual. Caso se corrija a forma seletiva com que a teoria dos direitos faz sua leitura da realidade, e caso se propicie com isso, tal compreensão democrática da efetivação dos direitos fundamentais, então nem se precisará contrapor ao ‘liberalismo 1 reduzido’, um modelo que introduza direitos coletivos estranhos ao pró-

²² VECCHIATTI, 2008, p. 248.

²³ “Assim, diante da ausência de uma justificação racionalmente lógica, o que exige um alto grau de fundamentação para embasar o tratamento diferenciado, a obrigatoriedade do tratamento isonômico se impõe na medida em que essa aplicação pode significar restrição e mesmo afronta direta ao direito fundamental da igualdade (...)” (GIRARDI, 2005, p. 80.).

prio sistema.²⁴

Tanto o casamento civil quanto a união estável são amparados pelo Direito de Família e todos os direitos dos cônjuges e companheiros decorrem unicamente de sua situação amorosa. Tal proteção não ocorre com os casais homoafetivos. Há efetivamente uma discriminação jurídica aos homossexuais, pois diante do vazio legislativo que é imposto às uniões homoafetivas, os magistrados atribuem a elas os mesmos efeitos jurídicos de sociedade de fato.

Ou seja, enquanto os heterossexuais que vivem uma relação amorosa para conseguir a sua meação patrimonial têm que apenas provar a sua união amorosa e o seu intuito de constituir uma família, os homossexuais²⁵ necessitam provar o quanto

²⁴ HABERMAS, 2007, p. 245/246.

²⁵ “Ademais, além da discriminação decorrente desse ônus maior do que o exigido aos casais heteroafetivos, os seguintes direitos são negados aos pares homoafetivos nos dias de hoje, conforme matéria da revista *Superinteressante*, de Julho de 2004, no sentido de que atualmente os homossexuais: 1) não podem adotar o sobrenome do seu par; 2) não podem somar rendas para aprovar financiamentos; 3) não podem somar rendas para alugar imóveis; 4) não podem inscrever seu par como dependente perante o serviço público; 5) não podem incluir seu par como dependente em planos de saúde; 6) não podem participar de programas de Estado vinculados à família; 7) não podem inscrever seu par como dependente da previdência; 8) quando seu par for funcionário público, não podem acompanhá-lo quando for transferido; 9) não têm reconhecida a impenhorabilidade do imóvel onde residem; 10) não têm garantia de pensão alimentícia no caso de separação; 11) não têm garantia à meação automática de bens em caso de separação [precisando comprovar quanto efetivamente contribuíram, por meio da citada “teoria das sociedades de fato”]; 12) não podem assumir a guarda do(a) filho(a) de seu par; 13) não podem adotar em conjunto; 14) não podem adotar o(a) filho (a) do seu par; 15) as mulheres homossexuais não têm direito a licença no caso de nascimento de filha da parceira [por inseminação artificial, por exemplo, o que poderia ser resolvido por uma analogia à licença paternidade]; 16) não têm licença – maternidade/paternidade se o seu par adota um (a) filho (a); 17) não recebem o abono – família; 18) não têm licença-luto, para faltar ao trabalho em caso de morte de seu par; 19) não recebem o auxílio – funeral; 18) não podem ser inventariantes do (a) parceiro(a) falecido(a); 21) não têm direito à herança; 22) não têm garantia à permanência ao lar quando o(a) parceiro(a) morre; 23) não têm usufruto dos bens do(a) parceiro(a) falecido(a); 24) não podem alegar dano moral se o(a) parceiro(a) for vítima de crime [embora isso seja, no mínimo, discutível]; 25) não têm direito a visita íntima caso um(a) deles(as) esteja preso(a); 26) as mulheres homossexuais não podem acompanhar a parceira durante o parto; 27) não podem

contribuíram monetariamente para a construção do patrimônio existente quando do término da união afetiva, sendo esta uma prova muito complicada de ser realizada.

Portanto, as discriminações contra as uniões homoafetivas não reconhecendo o seu status jurídico familiar, ou seja, não dando o amparo legal à essas relações, é negar o direito ao casamento civil e à união estável às pessoas do mesmo sexo e todos os direitos e deveres delas decorrentes.

Com isso, a questão sobre o ‘direito’ ou os ‘direitos’ de minorias ofendidas e maltratadas ganha um sentido jurídico. Decisões políticas servem-se da forma de regulamentação do direito positivo para tornarem-se efetivos em sociedades complexas... Uma ordem jurídica é legítima quando assegura por igual a autonomia de todos os cidadãos. E os cidadãos só são autônomos quando os destinatários do direito podem ao mesmo tempo entender-se a si mesmos como autores do direito. E tais autores só são livres como participantes de processos legislativos regrados de tal maneira e cumpridos sob tais formas de comunicação que todos possam supor que regras firmadas desse modo mereçam concordância geral e motivada pela razão. Do ponto de vista normativo, não há Estado de direito sem democracia. Por outro lado, como o próprio processo democrático precisa ser institucionalizado juridicamente, o princípio da soberania dos povos exige, ao inverso, o respeito a direitos fundamentais sem os quais simplesmente não pode haver um direito legítimo: em primeira linha o direito a liberdades de ação subjetivas iguais, que por sua vez pressupõe

autorizar cirurgias de risco; 28) não podem ser curadoras do(a) parceiro (a) declarado(a) juridicamente incapaz; 29) não podem fazer declaração conjunta de Imposto de Renda (IR); 30) não podem abater do Imposto de Renda (IR) os gastos médicos e educacionais do(a) parceiro(a); 31) não podem declarar o(a) parceiro(a) como dependente do Imposto de Renda (IR); 32) não podem dividir os rendimentos recebidos em comum pelo (a) parceiro(a); 33) não são reconhecidos [os casais homoafetivos] como entidade familiar; mas apenas como “sócios” [através da citada “teoria das sociedades de fato”, fato este que não lhes permite a meação patrimonial sem prova efetiva da contribuição à construção do patrimônio do(a) parceiro(a), o que não é exigido dos casais heteroafetivos]; 34) não têm suas ações judiciais julgadas pelas varas de família [que estão mais habituadas a tratar das questões envolvendo as famílias, ou seja, as questões oriundas de agrupamentos humanos ligados pelo amor familiar].” (VECCHIATTI, 2008, p. 250/251).

uma defesa jurídica individual e abrangente.²⁶

A arquitetura do Estado de Direito que é muito rica em pressupostos visa a igualar²⁷ juridicamente e proporcionar o reconhecimento do diferente, ou seja, das coletividades que se distinguem umas das outras, seja pela sua origem étnica, pela tradição, pela forma de vida, ou até mesmo, como ocorre na situação analisada, pela orientação sexual²⁸.

A suposta neutralidade do direito é analisada como se questões de reconhecimento jurídico e constitucional tivessem que ser afastadas do direito, suprimindo qualquer discussão por serem inacessíveis a uma regulamentação jurídica imparcial.

Segundo Jürgen Habermas²⁹ “é preciso poder entender as decisões do legislador político como efetivação do sistema de direitos, e suas políticas como configuração desse mesmo sistema.”

A configuração democrática do nosso sistema deve incluir e amparar o diferente, igualando direitos, de modo a não apenas demarcarmos ou delimitarmos políticas e sim atingirmos fins coletivos reconhecendo direitos.

O poder comunicativo só se forma naqueles espaços públicos que produzem relações intersubjetivas na base do re-

²⁶ HABERMAS, 2007, p. 250/251.

²⁷ “Em primeiro lugar, saliente-se que as proibições de discriminação por este ou aquele critério são entendidas como apelo e recordação de fatores que freqüentemente são utilizados como pretextos injustificados de discriminação, o que não exclui a interdição de outras diferenciações arbitrárias. Deste modo, a ausência de expressa previsão do critério de orientação sexual não é obstáculo para seu reconhecimento, não bastasse a explícita abertura constitucional para hipóteses não arroladas explicitamente no texto normativo. Conforme a parte final do artigo 3º, IV, da Constituição da República, a enumeração constitucional convive com a abertura para ‘quaisquer outras formas de discriminação’.” (RIOS, 2001, p. 71/72.)

²⁸ “É possível então articularmos um discurso sobre discriminação por orientação sexual em minorias? Efetivamente, é possível na medida em que existe um padrão dominante, ao que o Professor Joaquim Barbosa Gomes se referiu anteriormente. Podemos afirmar que vivemos em uma sociedade branca, masculina, cristã, mas também heterossexual, ou, mais modernamente, heterossexista. Portanto, baseado nessa perspectiva, podemos cogitar em minoria.” (RIOS, Roger Raupp; PIOVESAN, n. 24, p. 156.)

²⁹ HABERMAS, 2007, p. 253.

conhecimento mútuo e que possibilitam o uso das liberdades comunicativas – que possibilitam, portanto, posicionamentos sim/não relativamente a temas, razões (Grunde) e informações livremente flutuantes.³⁰

Nesse passo, o reconhecimento de direitos migrou para a própria práxis ao constatarmos que no direito positivo e no próprio Estado Democrático de Direito há princípios que possuem uma fundamentação pós - convencional e que devem ser ajustados a uma consciência pública de uma cultura política liberal. Em um Estado Democrático de Direito todos devem ser portadores dos mesmos direitos.

As lutas pelo reconhecimento no estado democrático só possuem força legitimante na medida em que todos os grupos tenham acesso à esfera pública política, tenham voz ativa e possam articular suas necessidades, e ninguém seja marginalizado ou excluído. Já deste ponto de vista da representação e da “qualificação cívica” é importante assegurar as premissas efetivas para o gozo em igualdade de chances dos direitos formalmente iguais. Tal não se aplica apenas aos direitos de participação política, mas também aos de participação social e aos direitos individuais, pois ninguém pode agir politicamente de forma autônoma se as condições de emergência de sua autonomia privada não estiverem asseguradas. Neste contexto, sou também favorável ao estabelecimento de cotas; por exemplo, por uma política de *preferred biring* em todos os setores de formação e de ocupação nos quais apenas por esta via possa ser assegurado o “justo valor” dos direitos iguais para grupos estrutural e historicamente desfavorecidos. Estas medidas devem produzir um “efeito recuperativo” e têm por isso caráter temporário.³¹

O reconhecimento jurídico e constitucional da possibilidade do casamento homoafetivo implica em considerar o outro portador dos mesmos direitos. Portanto, o princípio da igualdade está atrelado ao princípio da antidiscriminação³², da anti-

³⁰ HABERMAS, março 1997, p. 93.

³¹ HABERMAS, março 1997, p. 97.

³² “No direito brasileiro, o princípio da igualdade formal, coerente com a vocação universal da norma jurídica, proíbe diferenciações fundadas na orientação sexual, impedindo a restrição de direitos fundada exclusivamente na homossexualidade.

subjugação, se relacionando com o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo que se deve conferir iguais direitos, iguais valores às pessoas, independentemente de sua condição, ou de sua orientação sexual.

O Estado Constitucional Democrático representa o reconhecimento de direitos, permitindo que os endereçados pela justiça se sintam como os seus autores e, nesse sentido, desconsiderar o outro como portador dos mesmos direitos é violar condição de legitimação essencial da democracia.

Não pode existir perseguição e discriminação sistemáticas que privem as chances dos membros de grupos menos privilegiados de efetivamente utilizar os direitos formais divididos igualmente. É na dialética da igualdade jurídica e desigualdade fática que se fundamenta a tarefa do Estado social de atuar no sentido de garantir as condições de vida – em termos sociais, tecnológicos e ecológicos – que tornam possível um uso igualitário dos direitos civis divididos de modo igual. O intervencionismo do Estado social, fundamentado na própria Constituição, expande a autolegislação democrática dos cidadãos de um Estado nacional no sentido de uma autocondução democrática de uma sociedade definida como Estado nacional.³³

O Projeto de Lei n. 4914/2009 que foi pensado ao Projeto de Lei n. 380/2007 que visam acrescentar ao Código Civil disposições relativas à união estável de pessoas do mesmo sexo. Contudo, referido projeto está ainda paralisado no Congresso Nacional.

Além disso, em nossa tradição, o princípio da igualdade material ordena a instituição de igual tratamento entre pessoas e grupos posicionados em situações semelhantes. No âmbito da orientação sexual, a igualdade material institui, na relação entre homossexuais e heterossexuais, o direito a ser tratado igualmente e o dever de dispensar tratamento igual, sempre que não houver fundamentos racionais para a desigualdade. Vale dizer, a diferenciação só pode ser tolerada quando houver fundamentos racionais aptos para sua imposição, em ônus de argumentação tanto maior quanto mais intensa for a desigualdade. São inadmissíveis, desse modo, tratamentos desiguais sem fundamentação racional, baseados em preconceitos ou pontos de vista particulares, ainda que compartilhados por maiorias ou decorrentes do desconforto de quem quer que seja.”(RIOS, 2002, p. 177.)

³³ HABERMAS, 2001, p. 83/84.

A Argentina recentemente se transformou na primeira democracia da América Latina a aprovar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Logicamente, antes e durante a votação houve protestos religiosos³⁴, porém os parlamentares souberam manter a diferença entre o casamento que é um instituto de direito civil e a religião.

É necessário implementar os avanços emancipatórios da Constituição Federal, ampliando o conceito de família, pois a partir do momento em que o Estado brasileiro não proibir a orientação homossexual homoafetiva, não poderá discriminar as uniões amorosas formadas por pessoas do mesmo sexo no sentido de conceder-lhes menos direitos do que aqueles conferidos às uniões heteroafetivas, reconhecendo definitivamente tanto a união civil quanto o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova concepção de família está calcada em uma perspectiva constitucional da solidariedade, do afeto, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Há várias formas de família e as relações homoafetivas são entidades familiares que devem ser tuteladas.

³⁴ “Ao mesmo tempo, esta semana o Senado na Argentina aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, após 14 horas de debate, projeto este apoiado pela Presidência da República e já aprovado na Câmara. Por 33 votos contra 27, a Argentina se tornou a primeira democracia da América a aprovar tal lei. Até então alguns Estados dos EUA e a Cidade do México haviam permitido o casamento e o Uruguai reconhecia a união estável, além da província de Buenos Aires; isso para não falar de decisões judiciais na Argentina que reconheceram o casamento mesmo antes da aprovação daquela lei.[...] Ao contrário do que disseram nossos candidatos, desde a Proclamação da República o casamento é um instituto civil e não religioso – a que Igrejas podem ou não reconhecer, mas que em todo o caso, gera efeitos legais. A Argentina deu um passo além, postando-se junto às mais avançadas democracias do mundo, pois o casamento, do ponto de vista do Estado, é uma instituição civil, é um direito fundamental, logo, não devem haver discriminações.” (BAHIA, p. 6 - 6,17 jul. 2010)

A lei deve ser interpretada em uma perspectiva geral e adequada à Constituição Federal, reconhecendo que o outro é portador dos mesmos direitos, tendo em vista que as relações homoafetivas devem ter igual tratamento e proteção legal que as relações heteroafetivas em prol do respeito ao princípio da igualdade e à dignidade da pessoa humana, sendo o casamento um direito civil fundamental de todo ser humano.

É necessária a ampliação do conceito de família de maneira a abrigar tais avanços, dando aos homoafetivos os mesmos direito e amparo legal, tendo em vista ser o casamento um instituto de direito civil e não religioso, quebrando preconceitos e reconhecendo em definitivo essa nova concepção de família.



5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Sylvia Mendonça do. *Manual Prático dos Direitos de Homossexuais e Transexuais*. São Paulo: Edições Inteligentes, 2003.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. *Casamento, um direito civil*. A Tribuna Pousoalegrense, Pouso Alegre, v. 242, p. 6 - 6, 17 jul. 2010.
- DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. A Possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais*, 1ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

- GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção doutrina e prática: com abordagem do novo código civil* 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004.
- JENCZAK, Dionízio. *Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós – Nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Edições Loyola, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *A nova intransparência: a crise do Estado de Bem Estar Social e o Esgotamento das Energias Utopicas*. Novos Estudos: CEBRAP, n.18, set. 87, p.77 - 102.
- HABERMAS, Jürgen. *Entrevista de Jürgen Habermas a Mikael Carlehedem e René Gabriels*. Novos Estudos CEBRAP, n. 47, março 1997, p. 85-102.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*, 1ª ed, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.
- RANGEL, Vera Lúcia. *Conheça e Defenda seus Direitos*. São Paulo: Nova Cultural, 2010.
- RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2001.
- RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- RIOS, Roger Raupp; PIOVESAN, Flávia. *A discriminação por gênero e por orientação sexual*. Seminário Internacional: as minorias e o direito. Série Cadernos do CEJ, n. 24, P. 154 – 175.
- VECCHIATTI, Paulo Roberto. *Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união*

estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008.