

Homoafetividade e o Direito

por Sílvio de Salvo Venosa

1. A título de introdução.

Quando o jurista se volta para a problemática dos direitos relativos a conviventes do mesmo sexo deve, primeiramente, se despojar de preconceitos, impostos por uma moral cristã de muitos séculos. A tarefa nem sempre será fácil, em razão de profundas raízes históricas e sociais. Tenho repetido continuamente quando em minhas palestras me questionam se sou contra ou a favor de direitos amplos para essas pessoas, que como um cientista social, e o jurista o é, não posso nem ser contra nem a favor. O jurista, o magistrado e o operador do Direito em geral devem dar uma resposta adequada à sociedade que os rodeia, resposta essa que seja aceita e absorvida por essa sociedade no momento atual. Para isso, ponderam-se os valores vigentes e a transformação cada vez mais dinâmica desses valores em torno das famílias contemporâneas. Qualquer questão sócio-jurídica deve ser assim avaliada. E quando a sociedade brasileira, na sua considerável maioria, aceitar amplos direitos aos conviventes homoafetivos, a jurisprudência dará sua resposta definitiva, como já enceta os passos iniciais, e o legislador seguirá esses passos.

Assim, ao analisar a amplitude de direitos dessas pessoas, muito antes de se definir por uma solução jurídica, entram em jogo princípios éticos, morais, religiosos, comportamentais, regionais etc. Há já uma série de julgados entronizando soluções que só o futuro nos dirá se proferidas no justo caminho. Sempre, em questões desse nível, entrarão em debate os princípios constitucionais da dignidade e da igualdade. Revolve-se a denominada Nova Retórica, cujos princípios fazem por afastar a aplicação positivista da lei e convida o intérprete a ir sempre além do texto legal, sem contrariá-lo ou vilipendiá-lo. Sob esse aspecto, toda norma é, em princípio aberta, não necessitando que a lei o diga. A preocupação do intérprete será sempre aplicar a norma de forma mais adequada, no aqui e no agora. Toda decisão será injusta se utilizar fundamentos no passado ou tentar prever o futuro.

2. Escorço histórico.

A relação hoje denominada homoafetiva não era condenada na Antiguidade. Não se cuidava de qualquer marginalização ou repulsa, o que veio ocorrer muito mais tarde no curso da História. Na maioria das civilizações clássicas antigas a sexualidade era irrelevante, importando o estado que o indivíduo representava na sociedade. O afeto entre homens era aceito no mundo antigo. Há poucas notícias do relacionamento entre mulheres. Não se dava, porém, importância à sexualidade. Assim, os historiadores apontam que a relação e o amor de pessoas do mesmo sexo eram aceitos não somente na Grécia e em Roma, havendo toda uma literatura a esse respeito. Havia diferenças de conduta, no entanto. Os gregos cortejavam os meninos a fim de persuadi-los a reconhecer sua honra e boas intenções; para os romanos o amor por meninos

livres era proibido; era-lhes permitido apenas o relacionamento com meninos escravos (Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, *Manual da Homoafetividade*, São Paulo, Método, 2008, p.45).

Com a era cristã começaram a surgir idéias homofóbicas, tendo Justiniano editado leis nesse sentido. Surgem daí para frente Estados com legislações que repudiavam o homossexualismo, tendo como base a possibilidade e o incentivo de repovoar a Europa tendo em vista a diminuição populacional causada por epidemias. Os legisladores viam na relação homoafetiva uma ameaça à estabilidade das populações. A ligação entre o homossexualismo e a feitiçaria fez com que cada vez mais aumentasse a intolerância a essas relações. No século XVII e seguintes o capitalismo nascente gera o estímulo à competitividade entre os homens, o que mais inibiu e colocou à margem das vistas da sociedade o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo.

Houve, portanto, nos últimos séculos um crescente repúdio ao homossexualismo e ao que hoje se denomina homoafetividade. O século XIX e boa parte do século XX, com maior racionalidade e menor religiosidade, passou a ver a problemática não mais como um pecado, mas como uma doença a ser tratada, algo que desaparece por volta dos anos '70.

É fato que mercê desse embasamento histórico, é ainda alto o preconceito homofóbico, fazendo com que os homossexuais sejam forçados a se retrair, a esconder sua verdadeira sexualidade. O termo “homossexualidade” vem composto pelo grego *homo*, que significa semelhante, e pela palavra latina *sexus*, que se refere à identificação do sexo, feminino ou masculino. A palavra apareceu pela primeira vez em 1890, utilizada por Charles Gilbert Chaddock, tradutor de *Psychopathia Sexualis*, de Richard Von Krafft-Ebing (Gilberto Moreno Talavera, *União civil entre pessoas do mesmo sexo*, Rio, Forense, 2004, p.45). Anteriormente usava-se o termo “inversão” para designar essas pessoas. No Brasil, eram utilizados os termos “sodomita”, “uranista” e para a mulher homossexual, o termo “tribade” (Talavera, ob.cit., loc. cit.).

Como se nota, a homossexualidade transitou da plena tolerância à mais alta rejeição. No último quartel do século XX a ciência médica deixou de considerar a homossexualidade uma patologia. Entendeu a psiquiatria que a homossexualidade por si só não deve ser considerada uma perturbação mental. Em 1993 a Organização Mundial de Saúde excluiu-a de sua classificação internacional de doenças, entendendo que a orientação sexual não deve ser vista como um distúrbio. Menciona Paulo Vecchiatti (ob.cit., p. 73) que em nosso País o Conselho Federal de Psicologia foi mais preciso ao afirmar que a escolha por pessoas do mesmo sexo não é moléstia, desvio psicológico ou perversão (Resolução 01/99).

Embora a sociedade brasileira não absorva ainda plenamente essas conclusões, que com maior ou menor profundidade são admitidas no mundo ocidental, já foram dados muitos passos em prol da aceitação da homoafetividade, com reflexos diretos na jurisprudência e ainda tímidos na legislação. Na maioria dos países muçulmanos, todavia, a homossexualidade é tipificada como crime, com reprimendas que chegam à prisão perpétua e à pena de morte. A problemática continua aberta à discussão, com barreiras difíceis de ser rompidas.

3. Aspectos.

A primeira idéia que aflora ao tratarmos dos direitos dos homoafetivos prende-se aos denominados direitos humanos, no que tange à igualdade e à proteção da dignidade humana. As legislações ocidentais, com temperamentos, procuram seguir a Declaração dos Direitos Humanos buscando exorcizar qualquer forma de discriminação atentatória à dignidade, colocando em destaque o gozo de direitos independente de distinção de raça, cor, sexo, língua, religião etc. O que está em jogo no título que tratamos é a homossexualidade como conceito, sentimento, afeto e atração por pessoa do mesmo sexo. O princípio da defesa da dignidade humana é essencial a todo Estado democrático contemporâneo.

Não se confunde o homossexual com o *transexual*, pessoa que sofre dissociação entre seu sexo físico e sexo psíquico. Nesse caso a problemática é diversa. O homossexual não traz qualquer problema de identidade com seu sexo biológico: é homem ou mulher que se afeiçoa a pessoas de igual sexo. É evidente que nessa perspectiva há temperamentos, não sendo possível classificar todos os homossexuais sob uma mesma ótica. Assim, como enfocamos, no curso da História vem-se notando preconceito homofóbico, com dificuldades imensas de aceitação pelas sociedades em geral. Não se diga que sofre de repressão legal nos países ocidentais; sofre da repressão social, mais sensível e grave que a primeira. É fato que as pessoas homossexuais não sofrem, como regra, em razão de sua sexualidade, como afirmam os especialistas em psicologia e psiquiatria, mas devido ao preconceito e rejeição social, cuja tendência é abrandar com o decorrer deste século.

Cada vez mais se assenta entre os cientistas que a origem da homossexualidade é biológica. Nesse sentido, Vecchiatti cita as palavras de Suzana Herculano-Houzel, neurocientista e professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro ao afirmar “*não ser a sexualidade uma ‘opção’, mas, ao contrário, ser ela determinada biologicamente mediante a influência de genes e hormônios durante a formação, ainda no útero, de determinadas regiões cerebrais, que, por sua vez, determinarão mais tarde a preferência sexual, depois de amadurecidas na adolescência*” (ob. cit., p.104).

Nesse quadro, importa examinar o estágio dos direitos das pessoas homoafetivas em nosso País. A legislação brasileira em nada proíbe, mas também não regula especificamente essa problemática social. Há, portanto, ainda, um vazio legislativo que convida os tribunais a se debruçarem sobre o tema. A questão maior é saber até que ponto podem as relações homoafetivas ser tratadas como uma modalidade de família, dentro do moderno conceito geral do ora denominado direito das famílias.

4. Direitos.

A primeira conclusão a que se pode chegar sob a atual sociedade brasileira é que ainda não está preparada para absorver amplos direitos para os casais homoafetivos, embora já se desenhem caminhos nos tribunais. A Constituição de 1988 protege expressamente a entidade familiar constituída pelo homem e a mulher. Tal não é mais, a nosso ver, um impedimento para um alargamento do conceito, quando o sistema social estiver pronto para significativa mudança. Destarte, enquanto não houver aceitação social majoritária dessas uniões, que se traduza em possibilidade legislativa, as repercussões serão majoritariamente patrimoniais, por analogia à sociedades de fato. Crescem, porém, julgados e movimentos em favor do reconhecimento legal de relações afetivas duradouras entre pessoas do mesmo sexo. No dizer de Maria Berenice Dias:

“simplesmente encobrir a realidade não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento das relações que, mais do que sociedades de fato, constituem sociedades de afeto, o mesmo liame que enlaça os parceiros heterossexuais. Necessário é encarar a realidade, pois descabe estigmatizar quem exerce orientação sexual diferente” (União homossexual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 200, p.87).

Há julgados e projetos de lei que outorgam direitos a essas uniões. Há que se aguardar o curso da História. O Instituto Nacional de Seguro Social - INSS, autarquia federal responsável pela administração de planos de custeio e de benefícios previdenciários, reconhece, já faz algum tempo, como dependente do segurado a ele vinculado, para fins previdenciários, o companheiro homoafetivo. O tema, portanto, já faz parte do ordenamento jurídico pátrio. A Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, no intuito de conceder proteção integral à mulher, traz em seu bojo a descrição das relações homoafetivas, deixando claro que a orientação sexual de cada um não é suficiente a afastar seus direitos.

O Projeto do Estatuto das Famílias (2285/2007) dispõe expressamente acerca da união afetiva (art. 68), além de fazer referência a essa entidade em várias oportunidades, sem esbarrar no obstáculo constitucional, mostrando-se vanguardeiro. Dispõe esse artigo:

“É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas do mesmo sexo, que mantenham convivência pública e contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável”.

“Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se:

I – guarda e convivência com os filhos;

II – adoção de filhos;

III – direito previdenciário;

IV – direito à herança”.

Certamente os debates serão acalorados e os esforços ingentes em torno desse artigo, já convertido em lei em muitos países. O aspecto acerca da adoção por essas pessoas acarreta ainda inúmeras incertezas, sendo talvez o mais polêmico.

5. Adoção.

A adoção não é deferida a qualquer pessoa que tenha interesse. Há requisitos e medidas de prevenção a serem seguidos em prol da criança e do adolescente. A adoção busca imitar, tanto quanto possível a família biológica.

O primeiro e mais importante requisito da adoção é a idade mínima para adotar. O ECA estabelece 21 anos como idade mínima para tornar-se adotante, entretanto, ainda determina outro requisito a ser obedecido; a diferença de idade entre o adotante e o adotado deve ser de pelo menos, 16 anos. O CC/02, conserva a necessidade de que o adotante seja pelo menos 16 anos mais velho que o adotado, mas, reduz o limite de idade mínima do adotante para 18 anos.

Em relação ao estado civil do pretense adotante, a lei não faz distinção. Assim, podem adotar os solteiros, independente do sexo, os casados, os divorciados, desde que o estágio de convivência com a criança tenha se iniciado durante o casamento e que estejam de acordo quanto à guarda e às visitas. Pode adotar quem vive em união estável, comprovada a estabilidade familiar, sendo que, nesse caso, a adoção deverá ser pretendida e solicitada por ambos, e estes participarão juntos de todas as etapas do processo.

Ainda pode ocorrer de um dos cônjuges ou concubinos adotar o filho do outro. Na chamada adoção unilateral, do tutor ou curador da criança ou do adolescente, adotá-lo, desde que encerrada e quitada a administração dos bens, ou ainda, o pretendente que tenha falecido durante o processo de adoção, na chamada adoção póstuma.

Em relação ao adotado, poderá ser qualquer criança ou adolescente, que não seja irmão ou descendente do adotante e que tenha, no máximo, 18 anos até a data do requerimento de adoção, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela do adotante. Além disso, podem ainda ser adotadas crianças e adolescentes cujos pais sanguíneos tenham falecido, tenham sido judicialmente destituídos do poder familiar, tenham consentido legalmente na colocação de seus filhos no programa de família substituída ou tenham sido abandonadas e os familiares não encontrados. É importante destacar que quando tratar-se de adoção de crianças maiores de doze anos, ficará subordinada à sua expressa concordância.

Em sede de adoção nunca deve ser esquecido que esse instituto na atualidade vê o conforto, o carinho e a afetividade em prol do menor e apenas secundariamente o interesse dos adotantes. O interesse do menor adotando deve ter sempre prioridade. Essa é certamente a principal razão de a adoção somente ser conferida por sentença judicial em nosso sistema. Sob esse prisma não existe no ordenamento qualquer proibição expressa acerca da adoção por duas pessoas homoafetivas. A complexidade se transporta para a oportunidade de conveniência de cada caso concreto. Sob o ponto de vista dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa não há que se ver óbice para essa adoção. A questão já vem sendo enfrentada com galhardia nos últimos anos pela justiça brasileira. É fato que uma vez reconhecida a união de homoafetivos como modalidade de união estável, o passo seguinte é a permissão da adoção. Nesse campo, com maior incidência, é fundamental o apoio de operadores de ciências auxiliares, como pedagogos, psicólogos, psiquiatras, sociólogos etc. Com a palavra esses profissionais sobre a possibilidade de adoção por casais homoafetivos. Cabe ao jurista estar aberto à recepção das manifestações sociais, sem preconceitos, mas com a temperança necessária que nossa ciência exige em cada solução. Só com a análise profunda de cada caso é que se terá condições de se responder se existe ambiente familiar propício para a adoção nesse caso e, na verdade, em qualquer outra situação, dentro da regra geral que rege as adoções. Não há nada que indique a priori que a adoção por um casal homoafetivo seja inconveniente, degradante ou dificultoso para a formação do menor adotado, como também não há certeza alguma a esse respeito quando os adotantes são heterossexuais.

Não restam dúvidas que há novas famílias possíveis, que devem ser analisadas e ordenadas pelo Direito nesta contemporaneidade.

Sobre o autor:

Sílvio de Salvo Venosa é professor e autor de várias obras de Direito Civil, consultor e parecerista na área.