Direitos que precisam de uma lei!

Maria Berenice Dias[1]

Relações entre pessoas do mesmo sexo sempre existiram. Uma realidade tão antiga como a própria humanidade. Durante longo período, principalmente à época das civilizações greco-romanas, o relacionamento homossexual gozava de certo prestígio. Verdadeiro rito de passagem para a idade adulta.

Havia uma diferença entre gregos e romanos: os homens gregos cortejavam os meninos de seu interesse, com agrados que visavam persuadi-los a reconhecer sua honra e suas boas intenções; entre os romanos, o amor por meninos livres era proibido, uma vez que a sexualidade desse povo estava intimamente ligada à dominação. Assim, era permitido apenas o amor por jovens escravos (VECCHIATTI, 2013, p. 45).

De qualquer modo, a homossexualidade não era considerada uma degradação moral, um acidente ou um vício (BLEICHMAR, 1998, p. 39). Expressões como pederastia, sodomia, não dispunham de conteúdo pejorativo ou ofensivo.

Com o advento do cristianismo o exercício da sexualidade passou a ser considerado um pecado, sendo admitido apenas dentro do casamento e exclusivamente para fins procriativos. Prazer e sexo recreativo eram inaceitáveis. O matrimônio transformou-se em sacramento ungido de divindade. A monogamia e a virgindade para as mulheres eram valorizadas como símbolos de virtude, de pureza (OLIVEIRA, 2011, p. 154).

A suposta crença de que a Bíblia condena a homossexualidade

sustenta e incentiva o ódio e a crueldade contra a população LGBTI – lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexos. A justificativa para considerar as relações homossexuais pecado é porque está escrito na Bíblia: *com o homem não te deitarás como se fosse mulher, é abominação* (*Levítico*, 18:22). No entanto, o padre católico-romano Daniel A. Helminiak é categórico: *Para mim, a Bíblia não fornece qualquer base real para a condenação da homossexualidade* (HELMINIAK, 1998, p. 16).

A partir do momento em que a igreja sacralizou o conceito de família, conferindo-lhe finalidade meramente reprodutiva, as relações homossexuais foram consideradas verdadeira perversão, aberração da natureza, pecado abominável. Os homossexuais passaram a conviver com a intolerância. Condenados à absoluta invisibilidade, os vínculos afetivos – cujo único diferencial decorre do fato de serem constituídos por pessoas de igual sexo –, se tornaram alvo do preconceito e do repúdio social. A mais chocante consequência desta rejeição é a omissão legislativa. A ausência de leis leva à exclusão de direitos no âmbito da tutela jurídica do Estado.

A onda de conservadorismo provocada pelas religiões refletiu-se no Brasil. Até a Proclamação da República, o catolicismo era a religião oficial. Apesar de a Constituição Federal consagrar o princípio da laicidade (Constituição Federal, art. 5.º, VI), invoca em seu preâmbulo a proteção de Deus.

Mais recentemente as igrejas evangélicas defendem uma teocracia monoteísta excludente, intolerante, sexista e violenta. Intitulam-se neopentecostais, mas se agarram aos livros do antigo testamento, realizando uma leitura seletiva e homofóbica (DIAS, 2016, p. 53).

A partir da glamorização dos direitos humanos, começou a haver a valorização da pessoa humana e com isso uma maior tolerância para com a diversidade sexual. Os direitos fundamentais não são direitos de todos, mas direitos de cada indivíduo

singularmente. A liberdade de um é condição da liberdade dos outros. Partindo desse pressuposto, o direito de personalidade não permite influência do Estado na vida afetiva do indivíduo, tampouco na sua orientação sexual. Deve ser-lhe assegurado o direito de constituir família com pessoa do mesmo ou do sexo oposto.

Classicamente é dito – mas pouco praticado – que a igualdade é assegurar tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, em conformidade com a sua desigualdade. Em lugar de se reivindicar uma identidade humana comum, são contempladas as diferenças existentes entre as pessoas. A humanidade é diversificada e multicultural. Assim, é mais útil procurar compreender e regular os conflitos inerentes à diversidade do que buscar uma falsa – porque inexistente – identidade. Ou seja, igualdade significa direito à diferença.

As regras sociais vigentes em cada tempo autorizam e estimulam determinados tipos de relações e condenam à clandestinidade tudo o que escapa do modelo convencional. A família tinha um perfil matrimonial, patrimonializado, patriarcal, hierárquico, verticalizado e heterossexual (DIAS, 2016, p. 106). No entanto com a evolução dos costumes, que muito se deve ao movimento feminista, o conceito de família alargou-se.

As premissas básicas em que sempre esteve apoiado o conceito de família – sexo, casamento e reprodução – desatrelaram-se (PEREIRA, 2001, p. 62). Passou a se admitir uma coisa sem a outra. Há família sem casamento, aí está a união estável. Há família sem conotação de ordem sexual, a exemplo da família monoparental. A evolução da engenharia genética permite a reprodução sem contato sexual.

Esta visão abrangente levou à necessidade de se buscar um novo conceito de família que não mais tenha tais pressupostos como elementos caracterizadores. Entre os rumos de transformação das relações familiares, a reestruturação da família do tipo patriarcal para uma organização democrática, igualitária,

pluralista, permitiu a ocorrência de importante fenômeno: a desbiologização, a substituição do elemento carnal pelo elemento afetivo ou psicológico (GAMA, 2000, p. 17).

O novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos familiares, que passaram a se sustentar no amor e no afeto. Sem afeto não se pode dizer que há família. É o afeto que conjuga. E, assim, o afeto ganhou *status* de valor jurídico e logo foi elevado à categoria de princípio. Resultado de uma construção histórica, em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis, o desejo e o amor começaram a ser vistos e considerados como o verdadeiro sustento do laço conjugal (PEREIRA, 2014, p. 194).

A família tornou-se um caleidoscópio de relações que muda no tempo, transforma-se com a evolução da cultura, de geração para geração (GROENINGA, 2003, p. 125). Exigir o requisito da diversidade de sexos, não mais se sustenta frente à repersonalização do Direito das Famílias.

O centro de gravidade das relações de família situa-se modernamente na mútua assistência afetiva, elemento essencial das relações interpessoais, ao qual o Direito não pode ficar indiferente. É o afeto que aproxima as pessoas, dando origem a relacionamentos que geram consequências jurídicas. Em nome do respeito à diferença, foi construído um conceito plural de família.

Para a configuração de uma entidade familiar, não mais é exigido, como elemento constitutivo: a existência de um casal heterossexual, a prática sexual – chamada pela feia expressão “débito conjugal” – e nem a capacidade reprodutiva. A evolução científica, principalmente na área da biociência, acabou influindo no próprio comportamento das pessoas e se refletiu na estrutura familiar.

Assim, é indispensável ter uma visão plural das estruturas familiares e inserir no conceito de entidade familiar os

vínculos afetivos que, por envolverem mais sentimento do que vontade, merecem a especial proteção que só o Direito das Famílias consegue assegurar. Por isso é necessário reconhecer que, independente da identidade sexual do par, as união de afeto merecem ser identificadas como família, gerando direitos e impondo obrigações aos seus integrantes.

No cenário da vida como ela é, o afeto por vezes falta, o egoísmo aflora, mas os deveres estabelecidos nas relações afetivas devem ser integralmente preservados. Indispensável que, uma vez introduzida a realidade da vida, do amor e do afeto na experiência normativa, não se releguem as relações de família, filiais ou conjugais, à pura espontaneidade, desprovida de valores, deixando-se em segundo plano os deveres constitucionais a que corresponde o amor responsável. A autonomia é total para os arranjos familiares, sendo a responsabilidade pelo outro e por tudo aquilo que se cativa imprescindíveis na legalidade constitucional (TEPEDINO, 2015, p. 15).

Como a família tem o afeto como pressuposto trata-se de relação da ordem da solidariedade. Portanto, todas as espécies de vínculos que tenham por base o afeto são merecedoras da proteção do Estado. O enorme preconceito de que os homossexuais sempre foram alvo e o repúdio aos seus vínculos de convivência acabou por gerar a necessidade da criação de um novo vocábulo que retirasse das uniões de pessoas do mesmo sexo a característica exclusivamente da ordem da sexualidade. Daí homoafetividade, para marcar que os relacionamentos estão calcados muito mais no elo da afetividade que une o par, não se limitando a mero propósito de natureza sexual. Ainda que as pessoas continuem se identificando e sendo identificadas como homossexuais, os vínculos interpessoais que entretêm constituem uniões homoafetivas. Apesar sofrer críticas isoladas de alguns integrantes dos movimentos sociais, que receiam a eliminação do caráter erótico da relação, o fato é que as expressões homoafetividade e união homoafetiva se

popularizaram.

O neologismo foi criado no ano de 2000, quando da primeira edição da obra Homossexualidade: o Preconceito e a Justiça, de autoria da subscritora deste verbete (Atualmente a obra se encontra na 7ª edição, com o nome de Homoafetividade e direitos LGBTI, São Paulo: RT, 2016.).

O enfoque atual da família volta-se muito mais à identificação do vínculo afetivo que aproxima seus integrantes do que à diversidade ou igualdade sexual de seus membros. Admitir a existência de comunidades familiares que não se caracterizam pelo vínculo matrimonial é respeitar os valores constitucionais da democracia e a eficácia dos direitos fundamentais. Ressaltada a identificação da família pelo elo da efetividade, o silogismo é singelo. Como as uniões homoafetivas têm origem num vínculo afetivo, elas são uma família. São relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Deste modo é de se admitir a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união heteroafetiva e união homoafetiva. Ambas entidades familiares que fazem jus à mesma proteção. Com isso as ações envolvendo vínculos afetivos de homossexuais passaram a ser julgadas pelos juízes de família, e identificados como entidade familiar, merecedores de igual tutela das uniões heteroafetivas.

A perversa e preconceituosa omissão do legislador em regulamentar as uniões entre pessoas do mesmo sexo não quer dizer que elas não formam uma entidade familiar, que não merecem a proteção do Estado, não têm direito a constituírem união estável e nem acesso ao casamento.

Graças à justiça, que reconheceu que a falta de lei não significa ausência de direito, foram estendidas às uniões homoafetivas os mesmos direitos e deveres. Os homossexuais casam, podem adotar filhos, fazer uso das técnicas de reprodução assistida e têm reconhecidos direitos

previdenciários e sucessórios.

No entanto, isto não basta. Ainda é nada.

Na tentativa de blindar os avanços judiciais, foi apresentado o projeto de lei, intitulado de Estatuto da Família (Projeto de Lei nº 6.583 de 2013), que define família como a entidade formada por um homem e uma mulher, e somente a ela, assegura um punhado de direitos. Este projeto de lei, de forma oportunista, tenta confundir para embaraçar a tramitação do Projeto do Estatuto das Famílias, elaborado e apresentado pelo IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família (Projeto de Lei nº 470 de 2013).

Este é o principal motivo para a aprovação de uma legislação ampla a fim de consolidar os direitos assegurados no âmbito judicial, criminalizar a homofobia e impor políticas públicas.

O desafio foi aceito pela Ordem dos Advogados do Brasil. Criou Comissões da Diversidade Sexual em todos os cantos do país e uma Comissão Especial, no âmbito do Conselho Federal, a qual, com a colaboração dos movimentos sociais, elaboraram o Projeto do Estatuto da Diversidade Sexual.

Diante da enorme repercussão alcançada pela Lei da Ficha Limpa, foi desencadeado o movimento para angariar adesões e apresentar o Estatuto da Diversidade Sexual por iniciativa popular. Para isso é necessário angariar cerca de um milhão e meio de assinaturas (Texto e adesões pelo site: www.estatutodiversidadesexual.com.br).

Certamente esta é a única forma de driblar a postura omissiva do Poder Legislativo. Pelo medo de comprometerem a reeleição ou serem rotulados de homossexual, deputados e senadores até hoje se negam a aprovar de qualquer projeto de lei que assegure direitos às uniões homoafetivas.

Apresentar o projeto por iniciativa popular é a forma de a sociedade reivindicar tratamento igualitário a todos,

independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Em um Estado Democrático de Direito, é de todo descabida exclusão de qualquer segmento da tutela jurídica, o que afeta a todos. Afinal, trata-se de uma questão de cidadania.

Como diz Gustavo Tepedino, é necessário preservar a ordem pública constitucional – democrática, tolerante, igualitária, solidária e personalista, considerando-se inconstitucional a atuação das autoridades públicas ablativa dos núcleos familiares formadas por pessoas do mesmo sexo (TEPEDINO, 2009, p. 229).

Referências e leitura complementar

BLEICHMAR, Silvia. Pontualizações para uma teoria psicanalítica da homossexualidade. In: GRAÑA, Roberto B. (org.). *Homossexualidade*: formulações psicanalíticas atuais. Porto Alegre: Artmed, 1998.

CHAVES, Marianna. Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coords.). Manual de direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida sob a perspectiva do Direito comparado. *Revista Brasileira de Direito de Família*. n. 5. p. 7-28. Porto Alegre, abr.-jun. 2000.

GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise*. São Paulo: Imago, 2003. p. 125-142.

HELMINIAK, Daniel. *O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade*. São Paulo: Summus, 1998.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Homossexualidade*: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: RT, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos Tribunais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 171-178.

QUINET, Antônio; JORGE, Marco Antônio Coutinho. (Orgs.). As homossexualidades na psicanálise: na história de sua despatologização. São Paulo: Segmento Farma, 2013.

RODRIGUES, Humberto. *O amor entre iguais*. São Paulo: Mytus, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Dilemas do Afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família*: Famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 11-28.

TEPEDINO, Gustavo. União de pessoas do mesmo sexo à luz do direito civil-constitucional. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Direito das Famílias*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 212-229.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade*: Da possibilidade jurídica do casamento civil. Da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

Publicado e 21/03/2017.

[1] Advogada

Vice Presidente Nacional do IBDFAM