

## **HOMOSSEXUALIDADE; ASPECTOS JURÍDICOS**

**José Ricardo Rulli<sup>1</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

O trabalho monográfico desenvolvido tem por intuito, além da reunião de algumas informações sobre a homossexualidade, também identificar os motivos justificadores de tanta discriminação e preconceito em relação aos homossexuais, se é que há motivos que os justifiquem.

A forma como vem sendo tratado o homossexual está causando um alvoroço em nossa sociedade, predominantemente católica, onde notamos uma tendência jurídica reconhecadora de benefícios aos adeptos da prática homossexual, onde afinal, a maior beneficiária é a Democracia, forma de governo adotada pelo nosso país.

Devemos, portanto, nos ater ao processo de evolução que o Direito naturalmente vem sofrendo, em suas diversas áreas;

*“O Direito de Família, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma profunda transformação. Basta lembrar que o princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Num único dispositivo o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Foi derogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais” (DIAS, 2001:79)*

A justiça, portanto, deve acompanhar a mutabilidade da vida, primando pela manutenção da Democracia, sem demagogias políticas, sequer sustentações fantasiosas ou utópicas.

Trata-se de uma minoria que não pode ser relegada aos caprichos de uma sociedade preconceituosa e individualista, em que ainda predominam vontades “machistas”, sustentadas pela interferência de doutrinas religiosas.

*“O princípio de maioria, ao distinguir a totalidade dos sujeitos à norma em apenas dois grupos - maioria e minoria -, cria a possibilidade de um compromisso, compromisso significa: posposição do que se divide os associandos em benefício*

---

<sup>1</sup> Estudante de Direito, 5º ano; Estagiário.

do que os une. Qualquer troca, qualquer concordância é um compromisso, porque compromisso significa tolerância recíproca. E toda integração social, em última análise, só se torna possível em virtude de um compromisso". (KELSEN, 2000:129)

## **FAMÍLIA; CASAMENTO E HOMOSSEXUALIDADE**

### **FAMÍLIA**

*"A família precede o Direito e evolui independentemente de sua atualização. Assim, a falta de proteção jurídica a determinadas estruturas familiares demonstra uma postura ideológica conservadora e de exclusão, onde se insiste em manter à margem da sociedade política e juridicamente organizada estruturas familiares psíquica e culturalmente existentes. A realidade das uniões homossexuais é esta: existem enquanto entidade familiar, mas são excluídas de uma participação ativa no processo político-social em que inserem. A família,..., é anterior ao Direito e a sua configuração não pode estar aprisionada nos moldes jurídicos postos em dado momento histórico, com base na ideologia dominante à época. A família é cultural e afetiva, não biológica e sexual"* (BRUNET, 2001).

Respeitadas as várias posições, pois, devem sê-las independente de serem favoráveis ou não à criação de um ordenamento específico que ampare de modo mais objetivo as relações homossexuais, não podemos negar que o conceito de família já há muito, não é mais o mesmo.

Originariamente, temos que família seria o correspondente à formação de pai, mãe e filhos, entretanto:

*"Outorgando a Constituição Federal proteção à família, independentemente da celebração do casamento, houve a inserção de um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros. Tanto a união estável entre um homem e uma mulher como as relações de um dos ascendentes com sua prole passaram a configurar uma família".* (DIAS, 2001:79)

Portanto, a família atual não mais exige a necessidade de haver pai, mãe e filhos, podendo ser constituída entre pai e mãe, pai e filhos, mãe e filhos, ou mesmo apenas entre os filhos. Isso não descaracteriza o vínculo familiar.

Em conseqüência da formação cultural brasileira, existem aquelas hipóteses em que uma criança termina por ser criada por família diversa daquela que a originou, muito comum em nossa sociedade.

Daí notar-se a clareza da mutação do conceito *família*, que não deve ser restrito.

Quando falamos nos homossexuais, qual motivo de forte relevância que os

impediria de formar família? A moral e os bons costumes? Convenhamos, são exigências comumente violadas pelos casais heterossexuais; em suma, o fato de ser hetero ou homossexual não deve ser requisito para se julgar o indivíduo dizendo se ele é ou não moral ou decente.

### **CASAMENTO**

Falar-se em casamento entre homossexuais seria outra conseqüência, se não natural, ao menos lógica.

Se aceitarmos a idéia de que o fim natural do casamento é a legalização das relações sexuais, tendo por base a possibilidade que a lei cria para a anulação do casamento quando o cônjuge descobre que o outro é impotente, qual seria o impedimento para que se regularize as uniões homossexuais?

O impedimento seria a impossibilidade de poder procriar, gerar filhos, sendo que seu requisito fundamental é que a união seja entre homem e mulher. Mas já vimos que atualmente o casamento já não é mais visto como templo de procriação apenas.

Todavia, deve-se tomar muito cuidado, pois, num relacionamento homossexual masculino a impossibilidade de procriação é óbvia, podendo-se, contudo, falar-se na adoção.

Mas, quando falamos em um relacionamento homossexual feminino, os cuidados devem ser redobrados, pois, tratamos de mulheres, e são elas que suportam todo o período de gestação, sendo que, com o avanço da medicina, pode-se falar em várias formas de gravides, assim sendo a inseminação artificial, que seria o mais prático para nosso exemplo.

Deixe-se bem claro, não se quer induzir aqui ao *casamento homossexual*, de forma banal, o que tentamos demonstrar em nossa monografia, porém, quer-se discutir a possibilidade - que é grande - de se ter por regularizada, através de um ordenamento jurídico próprio, a situação dos homossexuais.

Em resumo, sendo possível falar-se em união homossexual, acreditamos poder se falar também em família homossexual, o que automaticamente geraria uma maior tranqüilidade ao mundo jurídico.

### **HOMOSSEXUALIDADE**

A homossexualidade sempre existiu na história da humanidade, nas civilizações antigas, conhecida e praticada pelos romanos, gregos, egípcios, entre outros povos, relacionava-se à religião e à carreira militar, inclusive.

Sua prática, além de representar virtudes militares, também lhe eram atribuídas características como intelectualidade, estética corporal e ética comportamental, sendo considerada mais nobre que o relacionamento heterossexual.

*“A homossexualidade prevista e amplamente inserida nas duas grandes civilizações antigas, cujo pensamento definiu a cultura ocidental, como lembra Ivone Coelho de Souza, representa um estágio de evolução da sexualidade, das funções definidas para os gêneros e para as classes. Na Grécia clássica, o livre exercício da sexualidade, verdadeiro privilégio dos bem-nascidos, fazia parte do cotidiano dos deuses, reis e heróis. O mais famoso casal masculino da mitologia era formado por Zeus e Gamimede. Lendas falam dos amores de Aquiles com Patroclo e dos constantes raptos de jovens por Apolo. (...) O homossexualismo era visto como uma necessidade natural, restringindo-se a ambientes cultos, uma manifestação legítima da libido, não se tratando de uma degradação moral, um acidente, um vício. Todo indivíduo poderia ser ora homossexual ora heterossexual, dois termos, por sinal, desconhecidos na língua grega. Nas Olimpíadas, os atletas competiam nus, exibindo sua beleza física, e vedada era a presença das mulheres na arena por não terem capacidade para apreciar o belo” (DIAS, 2001:28)*

Marcadamente, sua “decadência” iniciou-se com o advento do cristianismo, sendo considerada vício repugnante, inclusive, sendo considerada crime entre os ingleses até a recente década de 60. Nos países islâmicos, ainda hoje, é considerado um tipo delituoso, pois, contrário à religião.

Na revisão do Código Internacional de Doenças, em 1995, o termo homossexualismo deixou de constar dos diagnósticos. O sufixo “ismo”, que significa doença foi substituído pelo sufixo “dade”, que designa modo de ser.

*“Os cientistas concluíram que o homossexualismo não podia ser sustentado enquanto diagnóstico médico. Isto porque os transtornos dos homossexuais realmente decorrem muito mais de sua discriminação e repressão social derivados do preconceito do seu desvio sexual. Desde 1991, a Anistia Internacional considera violação aos direitos humanos a proibição da homossexualidade” (BRITO, 2000:46).*

O maior preconceito advém das bases religiosas, vários são os projetos e diversas as tentativas de se criar legislação para os homossexuais, porém, os Congressistas enfrentam como maior dificuldade a interferência religiosa, tendo por maior força a Igreja Católica.

“O maior preconceito contra o homossexualismo provém das religiões. Cultura e religião, profundamente entrelaçadas, censuram ao extremo os chamados pecados da carne. (...)”

*A Igreja Católica considera o homossexualismo uma verdadeira perversão, uma aberração da natureza. Tem, até hoje, como antinaturais a masturbação e o sexo infértil. Qualquer tipo de relação sexual prazerosa é vista como uma transgressão à ordem natural. O contato sexual é restrito ao casamento e exclusiva-*

mente para fins procriativos. Daí a condenação ao homossexualismo, principalmente ao masculino, por haver perda de sêmen, enquanto o relacionamento entre mulheres era considerado mera lascívia, como se a sexualidade desta natureza fosse menos perigosa” (DIAS, 2001:30)

Contudo, mesmo em relação ao cristianismo, não devemos encarar tal posição como absoluta, pois, é sabido que mesmo nos colégios religiosos, há ocorrência de práticas homossexuais.

Vários são os religiosos, entretanto, que possuem entendimento diverso da dogmática adotada pela Igreja, ao menos, uma visão mais flexível, assim a posição do Pe. Victor Hugo Laperta:

*“...A homossexualidade não é como uma doença que se pega e da qual se pode ser curado. O homossexual também não é um ser à parte. É apenas um indivíduo que se desenvolveu num contexto e, por isso, sofre uma dificuldade entre as muitas outras que podem afligir um ser humano. Além disso, ele escolhe conscientemente ser masculino ou não. É injusto reprová-lo, ou considerá-lo degenerado e culpado’. (in Família Cristã - p. 52 - 8/1984)” (MARTINELLI, 1999:202).*

Dessa forma, de tudo quanto fora exposto até o momento, observa-se que o assunto deve ser muito bem analisado, mais precisamente em relação aos que possuem posicionamento adverso, contrário à regularização dessa situação.

Aos que são favoráveis, esta é uma eterna luta contra o preconceito e a injustiça, visto termos, ainda hoje, discriminações raciais. Absurdo ter que se criar leis que disciplinam cotas para os negros, ou mesmo, ter a mulher, conquistado seu espaço no mercado de trabalho, porém, sofrer, ainda, com desigualdades em relação ao salário, sofrer discriminação pela sua condição de “sexo frágil”.

## **LEGISLAÇÃO**

A Constituição da República de 1988, veda qualquer tipo de discriminação em seu artigo 5º; sendo porém mais específicos, em seu inciso X assegura a liberdade e igualdade, sem distinções, garantindo a inviolabilidade da privacidade e da intimidade.

Já no artigo 226, incluem-se todas as modalidades de família, apesar de definir apenas dois tipos; isto deve-se ao passo de serem as formas mais comuns, mais conhecidas.

Há que se notar, que para a existência de vínculo deve-se observar os pressupostos da afetividade, estabilidade e ostensividade.

Entretanto, vários juristas valem-se da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, que disciplina sobre as Sociedades de Fato para conduzirem questões de natureza homossexual, todavia, não podemos negar a existência dos requisitos

anteriormente mencionados e a referida súmula não abrange essas características.

Daí, em dizer que a situação dos homossexuais não pode ser discutida através do Direito de Família devido às circunstâncias que se apresentam, não se pode exigir também que seja amparada somente com base na referida súmula, pois, estritamente de cunho patrimonial.

Em síntese, se não podemos tratar os homossexuais no âmbito de família por ausência de requisitos, também não poderíamos suprir a ausência de um ordenamento específico utilizando tão somente da súmula 380 do STF.

*“...resta socialmente equivocada a aplicação de tal súmula, de caráter essencialmente societário, como foi dito, a qualquer relação de cunho, origem, significado ou intenção familiar lícita, simplesmente porque admitir a divisão de patrimônio em comum é apenas dar a cada um o que é seu, e não reconhecer uma entidade familiar, no caso, o que o projeto referido, justamente, pretende”.* (PIRES e ALBUQUERQUE, 1999:154)

Há, portanto, a necessidade de se criar um ordenamento jurídico que possa amparar os homossexuais em todas as suas relações, quer aceitemos ou não, pois, essas relações geram situações jurídicas que terminam por envolver toda a sociedade, indistintamente.

## **ADOÇÃO**

Assunto que gera grande discussão é definir se há possibilidades de um casal homossexual poder ou não adotar uma criança.

Em linhas gerais, a adoção é permitida a qualquer pessoa, independente do estado civil à que se encontra.

Resta saber quais as conseqüências para o adotante e o adotado, assim também, para a sociedade de modo geral.

Para a grande maioria, impossível falar-se em adoção por parte de homossexuais, porém, a tendência mostra uma maior flexibilidade quando encontramos alguns casos de adoção que envolvem estas circunstâncias.

Assim decidiu a Nona Câmara Cível do Rio de Janeiro, em Apelação Cível nº 14332/98:

*“ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DE PÁTRIO PODER. ALEGAÇÃO DE SER HOMOSSEXUAL O ADOTANTE. DEFERIMENTO DO PEDIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais) considerado que o adotado, agora com dez anos sente orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Crian-*

ça e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégio religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotante, **preferência individual constitucionalmente garantida**, não pode servir de empecilho à adoção do menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. *Apelo improvido*". (grifo nosso) (DIAS, 2001:275)

*"O fato do guardião ser homossexual não obstaculiza o deferimento da guarda da criança, pois esta medida é de caráter provisório podendo, portanto, ser revogada a qualquer momento diante da constatação de desvirtuamento na formação psicológica do menor"*. (Tribunal de Justiça de São Paulo, apelação Cível nº 35466-0/7, Relator: Des. Dirceu de Mello) (DIAS, 2001:272)

Assim é como funciona inclusive em relação ao pátrio poder, pois, havendo maus tratos ou qualquer motivo que justifique a admissão da destituição do pátrio poder, a situação é analisada e adotadas as providências necessárias.

Portanto, quando falamos de adoção, difícil querer impedi-la pelo simples motivo do adotante ser homossexual.

Quais seriam as providências, então, a serem tomadas nos casos em que ocorre uma separação ou divórcio em virtude de se tomar conhecimento que um dos cônjuges é dado à práticas homossexuais.

Se esse casal possui filhos, ocorreria a perda do pátrio poder em virtude da situação apresentada? Absurdo seria admitir essa tese.

Valemo-nos aqui do caso da cantora Cássia Eller, que recentemente faleceu, deixando um menino e, porém, mantinha um relacionamento homossexual. A criança, um menino, "Chicão", vive com a companheira Eugênia, que tem por mãe. Sendo que, anteriormente vivia com as duas, sem apresentar qualquer desvirtuamento em sua formação psicológica.

"O pai de Cássia Eller, Altair Eller, declarou que vai entrar na justiça com um pedido de guarda do neto, Chicão. Segundo ele, o ambiente em que o garoto vive hoje não é o mais adequado ao seu desenvolvimento. O militar aposentado disse que suspeita do uso de drogas na casa de Cássia e Eugênia.

Na semana passada, o juiz da 1ª Vara da Infância e da Juventude concedeu a guarda provisória do garoto para a companheira da cantora, Eugênia. O advogado de Eugênia tinha entrado na justiça com um pedido de tutela do menino, garantindo o direito legal para que ela possa criar Chicão até os 21 anos, além de ficar responsável pelo gerenciamento dos bens que ele herdará da mãe.

A família de Cássia Eller já havia se manifestado publicamente apoiando Eugênia como tutora legal de Francisco. Segundo declarações da irmã de Cássia,

“Eugênia é mãe do garoto”. A mãe e as irmãs de Cássia voltaram a afirmar esta semana sua disposição de ir contra Altair numa possível briga judicial.

*As leis brasileiras priorizam a família dos pais para dar a guarda de menores, mas também estabelece que a decisão deve levar em conta o bem-estar da criança em primeiro lugar.*” (INTERNET: [www.google.com.br](http://www.google.com.br), 16/out./02)

Todavia, entendemos que a situação da adoção tem-se por superada, visto como já mencionado anteriormente, é garantido a qualquer indivíduo a possibilidade de adoção, observados os requisitos legais.

Contudo, se aos mais conservadores seria impossível admitir-se a adoção, como proceder nos casos de homossexuais femininos, onde, já mencionamos anteriormente, são elas que suportam todo o período de gestação, daí falarmos em inseminação artificial, fertilização *in vitro*, enfim. O Direito não pode se dar ao luxo, ou capricho de, valendo-se da “moral”, esquivar-se da discussão da relação que vem se impondo em nossa sociedade.

Acreditamos ser urgente a necessidade de se criar uma legislação que trate especificamente da situação dos homossexuais, das relações patrimoniais, da situação da competência jurídica, da filiação, englobando-se aqui tanto adoção como qualquer outra forma de se ter filhos, dessa forma, não apenas os homossexuais estariam sendo amparados pelo poder judiciário, como também, estar-se-ia gerando maior segurança jurídica para toda a sociedade.

## **CONCLUSÃO**

Esperamos que esse trabalho possa contribuir para a ampliação do conhecimento sobre o tema, na tentativa de minimizarmos nossa ignorância sobre a matéria, diminuindo, dessa forma, o preconceito que a cerca, pois, ao nosso entender, não há mistérios, apenas dogmas fundados em preconceitos que terminam por impedir a prática da Democracia.

Do exposto até aqui, notamos que é urgente a necessidade de se criar um ordenamento jurídico específico que trate da situação dos homossexuais, para que se possa evitar maiores conseqüências, assim, garantindo maior segurança jurídica.

O que se pode notar em relação aos homossexuais, traduz-se em uma minoria que sofre com a enorme discriminação, tamanha a desumanidade e o preconceito existente.

Daí, ver-se a necessidade de se proteger esses indivíduos, em criar-se mecanismos para que possam viver de modo condigno, sem que sejam privados de seus direitos mais básicos, que por fim, são os direitos de todos os cidadãos, protegidos pela Constituição Federal.

Nossa intenção seria demonstrar que há possibilidades de se aceitar a união desses indivíduos, criando-se um ordenamento específico que condicione solu-

ções para seus conflitos, pois, trata-se de pessoas que possuem uma determinada característica que as particularizam, como nesse específico caso, sua preferência sexual, que não pode ser critério para que a pessoa tenha sua dignidade violada.

Aos operadores do direito a discussão do tema torna-se de grande importância, pois, com a atenção voltada para a exigência que a área profissional escolhida requer, devemos primar pela preservação e manutenção dos direitos fundamentais garantidos pelo ordenamento jurídico maior, a Constituição da República.

Buscamos, portanto, opinar de modo favorável sobre a criação de meios alternativos, uma legislação específica para que se possa dirimir conflitos surgidos, ou que possam ser analisados e aprovados os projetos já existentes.

Quando o Poder Judiciário busca proteger o interesse dos seus cidadãos, está valorizando e promovendo a Democracia tão mencionada em nossos textos, parecendo-nos, porém, inadmissível que se possa extraí-la do papel e colocá-la em prática para proteger determinadas situações.

Há que se ressaltar que não se pretende equiparar a homossexualidade com outras modalidades de uniões sexuais, mas se torna necessário, evidente, que seja realizado a regulamentação desse tipo de união sexual, sendo respeitados em suas particularidades.

Dessa forma, deve-se desenvolver projetos, ou melhor, colocar em prática o que já temos, como aprovar o projeto de Lei nº 1.151/95 de autoria da Prefeita de São Paulo, Marta Suplicy.

O grande entrave centra-se na base governista e nas bancadas religiosas, porém, devemos nos ater ao risco dessa discussão. Não se deve permitir que as pretensões sejam impostas à sociedade. Não podemos esperar que os mais conservadores entendam e aceitem pura e simplesmente, sendo contrariados em tudo o que acreditaram e foram educados, pois, já ocorreu uma formação cultural.

Entretanto, não se pode, com esse argumento, pretender também que os homossexuais sejam relegados à marginalidade, sendo privados de seus direitos básicos, tendo por base sua opção sexual.

Enfim, não se deve pretender a imposição, sequer a submissão de qualquer das partes. O que se deve ter por objetivo maior seria a criação de mecanismos que possam dirimir os conflitos oriundos desses relacionamentos.

De acordo com as jurisprudências editadas anteriormente, os Tribunais estão aplicando a lei de modo muito coerente, com muita sensatez. Apesar da grande dificuldade que devem estar enfrentando e do forte preconceito, que com certeza, também sofrem, estes inesquecíveis juristas estão aplicando suas sentenças com a mais digna justiça, pois, do contrário estariam julgando conforme o censo comum, abandonando toda a essência do direito, que seria a promoção da justiça.

Portanto, mais uma vez, esperamos que esse trabalho monográfico possa surtir efeitos positivos aos eventuais leitores, na tentativa poder contribuir para o aumento de nossos conhecimentos, pois, o que é desconhecido aos olhos do homem, o aflige.

## **BIBLIOGRAFIA**

**BRITO**, Fernanda de Almeida. (2000) União Afetiva entre Homossexuais e seus Aspectos Jurídicos, São Paulo: LTr;

**BRUNET**, Karina Schuch. Revista Jurídica, nº 281, de março de 2001;

**DIAS**, Maria Berenice. (2001) União Homossexual: O Preconceito & A Justiça, 2ª ed. ver. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado;

**INTERNET**: [www.google.com.br](http://www.google.com.br): 16/out./02

**KELSEN**, Hans. (2000) A Democracia, 2ª ed., São Paulo; Martins Fontes;

**MARTINELLI**, José Carlos José. (1999) Família & Casamento - crônicas jurídicas; Jundiaí: Editora Literarte;

**PIRES**, Francisco Eduardo Orcioli e **PIZZOLANTE**, Albuquerque. (1999) União Estável no Sistema Jurídico Brasileiro, São Paulo: Atlas.