

MULTICULTURALISMO E DIREITO HOMOAFETIVO

RIBEIRO JR, Edegar.

Estudante do 10º semestre do Curso de Direito. Pesquisador-discente do Programa de Iniciação Científica da AESA. E-mail: edjrletras3@yahoo.com.br.
Faculdade Atlântico Sul/Anhanguera Educacional S.A.

HENNING, Ana Clara Corrêa.

Professora de Antropologia Jurídica e de Direito Civil do Curso de Direito da Anhanguera Educacional/Faculdade Atlântico Sul de Pelotas e de Direito Civil na Universidade Federal de Rio Grande. Graduada em Direito e Mestre em Educação pela Universidade Federal de Pelotas.
E-mail: kakaia_henning@yahoo.com.br.

1. INTRODUÇÃO

O texto trata da discussão sobre o reconhecimento jurídico do pluralismo cultural existente em nossa sociedade, especialmente no que diz respeito às orientações sexuais diferentes daquelas consideradas legítimas pelo padrão da cultura tradicional. Analisamos, em primeiro lugar, fundamentações teóricas de áreas do conhecimento científico tais como: antropologia, sociologia e direito, incluindo uma crítica ao modelo kelseniano de entendimento da tarefa do ordenamento jurídico-social. Em seguida, apresentamos a teorização jurídica que dá embasamento aos chamados direitos homoafetivos, suas conexões com a Constituição Federal de 1988 e a discussão jurisprudencial – e, veremos, ambígua – existente em nossos tribunais.

2. METODOLOGIA (MATERIAL E MÉTODOS)

Basicamente, realizou-se a pesquisa com base bibliográfica, legal, bem como a jurisprudencial.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

A ciência moderna, fruto do iluminismo e da racionalidade linear e matemática, tornou-se o que Boaventura de Sousa Santos (2006) denomina de paradigma dominante, uma vez que seus postulados encontram-se na grande maioria dos saberes denominados científicos. Suas características incluem a relevância das ciências exatas, a segurança científica, a prevalência da cultura europeia – centrada na figura do homem -, o academicismo e a compartimentalização do conhecimento. No campo do direito, esse modelo teve no positivismo jurídico kelseniano uma representação que permanece ainda hoje em vigor, traduzindo-se na preponderância da norma estatal escrita, no monopólio do aparato da justiça pelo Estado, na neutralidade na elaboração das regras jurídicas e da sua aplicação pelo magistrado.

A antropologia, por sua vez, foi uma ciência moldada pelo paradigma dominante desde suas primeiras teorizações, influenciadas pelas descobertas biológicas de Charles Darwin (século XIX) – onde a evolução das espécies ocorre através da sobrevivência dos mais fortes e adaptáveis. Nessa esteira, diversos autores realizaram a transposição da Teoria das Espécies para a organização social, entendendo a evolução e o progresso das sociedades como fatos indiscutíveis.

O evolucionismo cultural classificava as sociedades de acordo com seu *grau de evolução*. Utilizando a civilização europeia como padrão, todas as outras civilizações com características diferentes desse modelo eram consideradas

inferiores. O etnocentrismo é uma das características dessa forma de interpretar o mundo.

Santos (2006) entende que vivemos em um momento de transição nessa forma de construir conhecimento. O paradigma emergente oportuniza uma nova forma de interpretar o mundo, em uma ciência construída autonomamente, através dos valores próprios das comunidades locais, de forma transdisciplinar e multicultural, onde os estudos humanísticos e o conhecimento do senso comum, cotidiano, formariam novas características científicas.

Daí nota-se a influência dessa teorização na estruturação de nossa pesquisa, especialmente quando se percebe esta prática como forma de proporcionar uma transição do modelo kelseniano, anteriormente referido, que privilegia a neutralidade legal e o dogmatismo, para outro, conectado à realidade social e objetivando a sua transformação. O paradigma emergente entende o direito como instrumento a ser direcionado ao alcance do bem comum visto como “uma estrutura social na qual sejam possíveis formas de participação e de comunicação de todos os indivíduos e grupos” (REALE, 2007, p. 59). Nessa obra, Miguel Reale afirma que o sistema jurídico deve ser estruturado sobre o Princípio da Proporcionalidade: os direitos que prevê devem objetivar, proporcionalmente, os diferentes grupos sociais. Aí reside a essência da democracia: a participação e convivência de diversos grupos e culturas na mesma sociedade.

Antônio Carlos Wolkmer (2006, p. 118) afirma que: “em uma sociedade composta por comunidades e culturas diversas, o pluralismo fundado numa democracia expressa o reconhecimento dos valores coletivos materializados na dimensão cultural de cada grupo e de cada comunidade.” A diversidade cultural brasileira advém, especialmente, da sua formação histórica, como já observamos anteriormente. O *outro*, cuja demarcação é aguçada pelo etnocentrismo, não se encontra em territórios distantes e exóticos, mas se configura nos mais variados grupos sociais. A contemporaneidade traduz múltiplas identidades: homossexuais são apenas um exemplo desse caleidoscópio social.

Para Roger Raupp Rios (20020, p. 95), “orientação sexual é afirmação de uma identidade sexual cuja atração e/ou conduta sexual direciona-se para alguém do mesmo sexo (homossexualidade), sexo oposto (heterossexualidade), ambos os sexos (bissexualidade) ou a ninguém (abstinência sexual)”. Da mesma forma, esse autor refere o princípio da igualdade como fundamentado, simultaneamente, na igualdade formal, “perante a lei” – onde, formalmente, se aplica o direito da mesma forma a todas as pessoas -, e na igualdade material, “na lei” – tratando casos factualmente iguais da mesma maneira, ainda que eles se diferenciem das hipóteses gerais observadas pelo direito conservador.

A pluralidade social fundamenta a existência das diferenças - daí a interpretação do *caput* do art. 5º da Carta Magna, referente ao princípio da igualdade material: igualdade aos iguais e desigualdade aos desiguais, na medida dessa desigualdade. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF/88), recebendo máxima relevância por constituir e centralizar os princípios constitucionais que dão valor aos direitos humanos.

A ambigüidade social sobre o reconhecimento da dignidade às pessoas homoafetivas é especialmente relevante quando observamos a jurisprudência oriunda de tribunais brasileiros. A seguir, decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE RELAÇÃO HOMOAFETIVA. [...]. 2 - [...]. Nos termos do que reza o Artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, a analogia é primeiro, entre os meios supletivos de lacuna, a que deve recorrer o magistrado. [...]. 5 - [...] **entre tais institutos, que se baseiam em união heterossexual, e as uniões homossexuais sobreleva profunda e fundamental diferença.** [...]. 7 - **As uniões homossexuais, considerando os requisitos de existência que a caracterizam e que permitem identificá-las como *parcerias civis*, guardam similaridade com as sociedades de fato** [...]. 9 – Agravo conhecido e provido para declarar a **incompetência da Vara de Família e competente uma das Varas Cíveis** (negrito nosso). (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2008.00.2.012928-9. Relatora: Diva Lucy Ibiapina. Julgado em 18 de março de 2009. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/>. Acesso dia 04 de março de 2010.

Por outro lado, assim decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais homossexuais. Agravo provido (negrito nosso).

Como se percebe, o Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e Territórios, em recente julgado datado de março do ano passado, não reconhece a possibilidade do direito homoafetivo ser julgado nas varas de família, diferentemente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que vem reconhecendo desde a década passada - 1999.

De suma importância a sua posição a seguir (DIAS, 2003, p. 12):

Clara a determinação do art. 4º da LICC: “quando for omissa, o juiz decidirá o caso...” O próprio legislador, ao delegar a atividade de colmatar as falhas da lei, estabelece parâmetros para o juiz, disponibilizando três mecanismos para que ele supra as lacunas: a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Identificada a omissão legal, deve o juiz se socorrer dessas fontes subsidiárias do direito, tendo como norte os princípios constitucionais.

Data vênia, como se percebe, pela argumentação da autora, não é pela analogia que deve o juiz se valer para dirimir o conflito na ceara do direito homoafetivo como cita a ementa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, mas sim dos princípios constitucionais.

Pertinente é o fundamento que leva Miguel Reale a conceituar o direito pela sua Teoria Tridimensional:

[...] a norma jurídica é a indicação de um caminho, porém, para percorrer um caminho, devo partir de determinado ponto a ser guiado

por certa direção: o ponto de partida da norma é o fato, rumo a determinado valor. [...] Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor. [...] O Direito, repito, é uma integração normativa de fatos segundo valores (REALE, 1994, p. 118-119).

Nesse sentido, “fato” e “valor” conflitam quando a temática é criação de “normas” para os homossexuais. O “fato” é que essas pessoas existem, criam relações e obrigações, as quais refletem no mundo jurídico e que não são tuteladas uniformemente, existindo, inclusive, ausência de normatização pela divergência de valores atribuídos a este “fato”.

Modificou-se o contexto social, conseqüentemente deve adaptar-se o ordenamento jurídico. Nesse íterim, pertinente é a exposição de Elizângela Oliveira e Elza Elizabeth Maran Queiroz da Silva (2005), no que tange ao descompasso temporal do direito frente aos fatos sociais controvertidos:

O tempo da vida humana possui um ritmo próprio, da mesma forma que o Direito possui o seu, e esses tempos nem sempre estão em harmonia [...]. O Direito não é estanque, tanto que as normas constitucionais tornam-se obsoletas quando não acompanham as transformações, ou quando não há mais sentido para contemplação de seus preceitos [...] Na esfera do Direito de Família, as uniões homoafetivas são realidades apresentadas pelo tempo social, as quais restam ser satisfeitas pelo Direito.

4. CONCLUSÕES

O ordenamento jurídico evoluiu ao reconhecer direitos às pessoas que orientam-se sexualmente para o mesmo sexo, dada à vanguardia do Tribunal gaúcho, conforme registrou Maria Berenice Dias (2003). Todavia a matéria ainda causa acalouradas discussões nos Tribunais, como se viu. Portanto, sempre que se fala em distonia do que acontece no mundo dos fatos e o que o direito positiva, questiona-se a eficácia dessas garantias constitucionais pertinentes a essa temática.

5. REFERÊNCIAS

- DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: O Preconceito e a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- OLIVEIRA, Elizângela; SILVA, Elza Elizabeth Maran Queiroz da. As relações homoafetivas no tempo e no tempo do direito. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, Méritos, ano 1, n. 01, jul./dez., p. 141-154.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Discriminação por Orientação Sexual: A Homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-Americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso sobre as Ciências**. São Paulo: Cortez, 2006.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico, Direitos Humanos e Interculturalidade. *In*: **Seqüência: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina**. Florianópolis, ano XXVI, n. 53, p. 113-128, dezembro de 2006.