

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ (UESPI)
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

ELISÂNGELA DA SILVA VIEIRA

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA
O RECONHECIMENTO PELA JURISPRUDÊNCIA E SUAS IMPLICAÇÕES
JURÍDICAS

Biblioteca UESPI - PHB
Registro Nº M 821
CDD 340.61
CUTTER V.697m
V _____ EX. 01
Data 24 / 08 / 12
Visto marcelo

PARNAÍBA-PI
2011

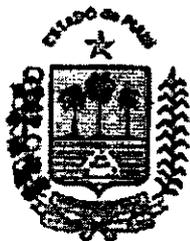
ELISÂNGELA DA SILVA VIEIRA

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA
O RECONHECIMENTO PELA JURISPRUDÊNCIA E SUAS IMPLICAÇÕES
JURÍDICAS**

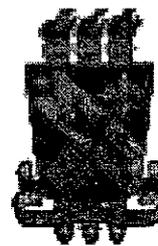
Monografia apresentada à Coordenadoria do Curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí, *Campus* de Parnaíba-PI, sob a orientação do Professor Emmanuel Rocha Reis, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

PARNAÍBA-PI

2011



GOVERNO DO ESTADO DO PIAUÍ
FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ
UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO



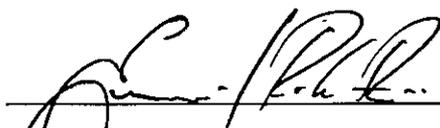
MONOGRAFIA

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: O RECONHECIMENTO DA UNIÃO
HOMOAFETIVA PELA JURISPRUDÊNCIA E SUAS IMPLICAÇÕES
JURÍDICAS.

de

ELISANGELA DA SILVA VIEIRA

Resultado: APROVADA



Professor Orientador Emmanuel Rocha Reis



Professor Examinador Francisco Winston José da Silva



Professor Examinador Luíza Márcia Carvalho dos Reis

Dedico este trabalho a Deus, por me abençoar com sua sabedoria e infinita bondade.

AGRADECIMENTOS

Ao Senhor Deus, pela vida, pelo entusiasmo e pela coragem para enfrentar os obstáculos.

A toda a minha família, especialmente à minha mãe, Orlene, e minha avó, Isabel, minhas primeiras educadoras.

Ao meu noivo e melhor amigo, Jônatas, que sempre se mostrou dedicado, ajudando-me pacientemente com seus conhecimentos de informática.

Ao meu orientador, professor e amigo, Prof. Emmanuel Reis, por suas orientações e por estar sempre disponível para responder minhas dúvidas.

Ao Prof. Phablo Rodrigues, por me orientar no início da construção do projeto desta pesquisa.

Aos professores do Curso de Bacharelado em Direito, pelos ensinamentos, pelos momentos de debates e reflexões.

Aos companheiros e amigos de turma, pelos momentos vividos e trabalhos realizados.

Às eternas amigas e companheiras, Pollyana e Patrícia, e ao amigo Kelson, pela amizade sincera e pelo engrandecimento.

Ao amigo Josafá, pelos momentos de discussões e de amizade e incentivo para concluir esta pesquisa.

À Hellen Galeno, pelos esclarecimentos a respeito do tema deste trabalho e pelo estímulo e suporte material que foram de fundamental importância na produção do mesmo.

Enfim, gostaria de agradecer a todos os meus amigos e familiares, pelo seu carinho e compreensão nos momentos em que a dedicação aos estudos foi extremamente exclusiva e aos que tiveram participação direta ou indireta. A todos vocês o meu mais franco AGRADECIMENTO.

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

(Declaração Universal dos Direitos Humanos – Art. 1º)

RESUMO

O presente trabalho analisa o reconhecimento da união estável homoafetiva pelos tribunais brasileiros. Apresenta parâmetros sociais e históricos internacionais e internos na luta pela igualdade no tratamento jurídico e dignidade das relações afetivas dos companheiros de mesmo sexo em analogia às parcerias heteroafetivas. Observa a aplicabilidade da legislação específica, os princípios constitucionais, a opinião doutrinária e as jurisprudências quanto à afirmação dos direitos desses cidadãos. Visando, assim, verificar as implicações jurídicas no Direito de Família e demais ramos do Direito, que irão proporcionar maiores garantias às relações estabelecidas entre companheiros homossexuais. E ao mesmo tempo que demonstrar a forte atuação dos juízes nesse sentido, ponderar a falta de iniciativa do Poder Legislativo na tutela dessas minorias. Para tanto, utilizam-se nesta pesquisa alguns instrumentos bibliográficos como livros, artigos científicos e dados virtuais.

PALAVRAS-CHAVE: reconhecimento, união estável homoafetiva, igualdade, implicações jurídicas.

ABSTRACT

The present work makes an analysis of the legalization of the homosexuals by the Brazilian courts. It presents the social, international-historical and national in the struggle for the equality in terms of juridical procedures in order to ensure that the treatment to an homosexual couple can be the same given to a heterosexual. It observes the applicability of the specific legislature, the constitutional principles, the doctrinal and the jurisprudence about the consolidation of those citizens' rights. Having as goals to verify the implications in the laws about the family and other branches of law which will propitiate guarantees about these citizens' rights. At the same time we intend to show the massive actions of the judges in this area and to think about the lack of attitude of the legislative power in the tuition of those minorities. For such we utilized bibliographical sources such as books, scientific articles and internet data.

KEY WORDS: Recognition, homosexual stable unions, equality, juridic implications

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – PERCURSO METODOLÓGICO	10
CAPÍTULO 2 - MOMENTO HISTÓRICO CULTURAL	12
2.1 As Uniões Homoafetivas no Mundo Contemporâneo	12
2.2 Evolução Histórica da União Homoafetiva no Brasil	14
2.3 Conceituação de União Homoafetiva.....	15
CAPÍTULO 3 – CARACTERIZAÇÃO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO FAMÍLIA	19
3.1 Visão Doutrinária.....	19
3.2 Entendimentos Jurisprudenciais	22
3.3 Reconhecimento da União Estável Homoafetiva pelos Tribunais Superiores.....	24
CAPÍTULO 4 – IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA	29
4.1 No Direito de Família	29
4.2 No Direito das Sucessões.....	31
4.3 No Direito Previdenciário	32
4.4 No Direito do Trabalho	33
4.5 Na Adoção por Casais Homoafetivos	34
4.6 Algumas Considerações sobre os Efeitos da União Estável Homoafetiva.....	37
4.7 Possibilidade de Conversão da União Estável Homoafetiva em Casamento	38
4.8 Projetos de Lei.....	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

INTRODUÇÃO

A legislação brasileira não cuida especificamente da união civil entre homossexuais. Boa parte da doutrina ainda considera que não pode haver casamento entre pessoas do mesmo sexo. Assim, não se concebe a união homossexual como natureza jurídica de casamento.

Todavia, com o advento dos novos tempos e mudanças culturais, o casamento não mais representa a única forma de constituição da família, porquanto uniões sem casamento hoje possuem status de entidade familiar.

O fato é que a relevância jurídica das uniões homoafetivas é tamanha que, ante o silêncio do legislativo, muitos Tribunais Brasileiros, inclusive o Superior Tribunal de Justiça - STJ, vêm se pronunciando favoravelmente quanto às consequências jurídicas de tais formas de união afetiva (como sociedade de fato ou irregular). Outros vários julgados já consideram a união estável homoafetiva para fins de direitos sucessórios e previdenciários.

Baseado nesse cenário, o presente estudo tem como propósito analisar as consequências do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal - STF que proferiu decisões favoráveis no bojo da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 4277 e da ADPF 132 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental). Cumpre assentar que as duas ações pretenderam obter a equiparação da "união homoafetiva" ao instituto da união estável prevista no art. 226, §3º da Constituição Federal e no art. 1.723 do Código Civil.

Para tanto, no primeiro capítulo relata-se o percurso metodológico da pesquisa. O segundo capítulo discorre sobre o processo histórico de afirmação de direitos dos casais homossexuais pelo mundo e no Brasil, exemplificando com algumas decisões que reconhecem consequências jurídicas de caráter familiar a essas relações.

No terceiro capítulo apresenta-se a opinião de alguns doutrinadores a respeito da proteção constitucional e infraconstitucional das uniões homoafetivas, bem como também analisa-se o conceito dado a essa instituição e o posicionamento dos tribunais superiores quanto à tutela jurídica dessas relações.

Já no quarto capítulo realiza-se a análise das implicações jurídicas da união estável de parceiros de mesmo sexo, sugerindo questionamentos a respeito: 1) do regime de bens aplicado à relação; 2) do dever de alimentos entre os

parceiros; 3) do compartilhamento do patrimônio em comum; 4) do reconhecimento dos direitos sucessórios ao parceiro sobrevivente; 5) da atribuição da condição de segurado do parceiro dependente para fins previdenciários; 6) da possibilidade de adoção ou mesmo de constituição de prole, criando-se o vínculo familiar, com todos os direitos e deveres em relação à prole; 7) e ainda da possibilidade de conversão da união estável em casamento, dentre outras implicações.

Ao final do capítulo acima, analisam-se as propostas de lei que buscam tutelar essas relações, a exemplo do Projeto de Lei nº 1.151, de 1995, apresentado pela então Deputada Marta Suplicy, com o propósito de disciplinar "a união civil entre pessoas do mesmo sexo"; e, também, do Projeto de Lei nº 2.285/2007 (Estatuto das Famílias), que reconhece expressamente a união homoafetiva como uma entidade familiar.

Nas considerações finais, sintetiza-se o que foi explanado na pesquisa, de forma geral sobre a tutela das relações homoafetivas no Brasil e em particular sobre as consequências jurídicas da união estável constituída entre os parceiros de mesmo sexo no Direito de Família e nos demais ramos do Direito.

Para a realização deste trabalho, utilizou-se o método dedutivo, a partir do qual foram analisadas as relações homoafetivas do ponto de vista histórico e de afirmação de direitos no ordenamento jurídico pátrio até o atual estágio no qual discutimos as semelhanças entre essas relações e as heterossexuais.

O trabalho poderá ser utilizado por outros pesquisadores da sociedade em geral, especialmente por acadêmicos do Curso de Ciências Jurídicas interessados na defesa dos direitos das minorias, nas quais se encontram inseridas as parcerias homoafetivas, visando ao acréscimo da ciência.

CAPÍTULO 1 PERCURSO METODOLÓGICO

Conforme relata Alves, a palavra metodologia tem origem grega (*méthodos* = organização e *logos* = estudo sistemático, pesquisa, investigação), a mesma corresponde a métodos e técnicas bem como processos utilizados pela ciência que garantem a legitimidade do saber conseguido, formulando e resolvendo problemas de aquisição objetiva do conhecimento de maneira sistemática. Assim, acaba então sendo a forma mais clara para se chegar ao pensamento e a prática mais utilizada na abordagem da realidade.

A metodologia precisa do método, pois só ele é capaz de abstrair a teoria para a concretização do conhecimento, isso só é possível devido o seu comportamento de realizar cada ação por etapas, para assim buscar a solução de um problema indicado pela metodologia. Todo método tem um objetivo de investigação que acaba sendo um caminho racional para chegar a um determinado fim, mas é claro que também todo método precisar ter uma técnica, pois só ela é que permite o desenvolvimento que conseqüentemente ocorre na pesquisa, ou seja, a técnica nada mais é do que uma forma de aplicação do método.

A pesquisa é a atividade de juntar informações sobre determinados assuntos oferecendo e produzindo um conhecimento novo a respeito de uma área ou fenômeno. Ela surge para organizar as informações desordenadas ou pela ineficiência de informação precisa para responder às indagações dos problemas. Sua forma é investigativa, planejada, desenvolvida e redigida de acordo com as normas da metodologia científica.

A pesquisa é um processo que exige da pessoa reflexão e crítica, para que a investigação seja realizada de forma aprofundada e os objetivos sejam atingidos.

A presente pesquisa tem abordagem qualitativa, pois o seu enfoque metodológico será de cunho social, que trabalha com comparações, descrições, interpretação e compreensão lógica da realidade onde está sendo aplicada.

Quanto ao método, foi utilizado o dedutivo, a partir do qual foram analisadas as relações homoafetivas do ponto de vista histórico e de afirmação de direitos no ordenamento jurídico pátrio até o atual estágio no qual discutiram-se as semelhanças entre essas relações e as heterossexuais.

A referida pesquisa tem como objetivos aspectos de cunho exploratório, que visam proporcionar um maior grau de familiaridade com o problema proposto, tornando mais clara sua ideia, aperfeiçoando e flexionando-a a ponto de aceitar todos os aspectos relativos ao seu estudo.

Dentre seus objetivos, assume também a forma descritiva por observar, analisar, classificar e descrever o problema e suas características, sem interferir nele, usando técnicas padronizadas de coleta de informação.

No tocante às fontes de informação, a pesquisa assumiu o comportamento do tipo bibliográfico, uma vez que o seu estudo foi desenvolvido com base em material já existente, ou seja, referências teóricas já analisadas e constituídas de livros, revistas, artigos científicos, resenhas e material encontrado na internet.

Foi realizado um levantamento do ponto de vista dos estudiosos do tema, analisando os conceitos da doutrina e as jurisprudências que envolvem a questão, permitindo, assim, um confronto de ideias e uma ponderação mais consciente acerca do tema.

A pesquisa tem como objetivo de estudo o problema proposto do amparo jurídico dado às uniões homoafetivas após a recente decisão da Corte Maior, a qual decidiu pela aplicação do regime de união estável aos companheiros de mesmo sexo.

Logo, no intuito de saber as implicações dessa decisão no Direito de Família e demais ramos do Direito, foram analisados a Constituição Federal e o Código Civil, bem como as jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal e as decisões dos Tribunais de Justiça Estaduais, com base na opinião de juristas estudiosos das relações homoafetivas.

Com isso, o presente trabalho almeja ser um meio de informação para a sociedade e para os pesquisadores que se interessarem pelo assunto.

CAPÍTULO 2

MOMENTO HISTÓRICO CULTURAL

Neste capítulo pretende-se fazer um relato sobre o tratamento jurídico que as uniões homoafetivas vêm recebendo no contexto internacional e no Brasil, com o objetivo de conhecer a história da afirmação dos direitos desses cidadãos compreendendo os motivos para hoje dar a essas uniões o status de família.

Para tanto, de forma sucinta, relata-se a tratamento das relações entre pessoas de mesmo sexo, desde as antigas civilizações até as atuais, que refletem, de certa maneira, no comportamento da sociedade brasileira e, portanto, também na interpretação do Direito pela doutrina e pelos tribunais.

2.1 As Uniões Homoafetivas no Mundo Contemporâneo

A família sofreu profundas transformações ao longo dos anos, daí a progressiva tutela constitucional, ampliando o âmbito dos interesses protegidos, definindo modelos, nem sempre acompanhados pela rápida evolução social, a qual engendra novos valores e tendências que se concretizam a despeito da lei.

Consoante afirma Dias (2011, p. 34-42), a homossexualidade existe desde as civilizações mais remotas, assim como a heterossexualidade. Contudo, cada época e lugar guardam um tratamento diferenciado para esses relacionamentos. Algumas civilizações antigas, a exemplo de Grécia e Roma, aceitavam plenamente essas relações, as quais ocupavam um lugar na estrutura social. Muito tempo depois, durante a Idade Média, em grande parte por influência da Igreja Católica, essas relações passaram a serem vistas como uma transgressão à ordem natural, tendo muitos direitos negados, como o casamento. Com a afirmação do Estado laico, as normas religiosas perderam a força de imposição que aquele garantia. Desde então, passou a ocorrer significativa mudança cultural em nome do respeito às relações entre pares de mesmo sexo e a construção de um conceito plural de família.

Moreira (2010, p.301-307) relata que a homossexualidade nos últimos quarenta anos vem sendo cada vez mais questionada, tornando-se um assunto de natureza política, não sendo discutida apenas no âmbito privado. Logo, nas duas

últimas décadas aumentou absurdamente o número de demandas pelo reconhecimento jurídico da união entre homossexuais e ganhou relevância o questionamento da aplicabilidade do princípio da igualdade nessas relações quanto à sua exclusão do instituto do casamento.

Assim é que grandes mudanças foram acontecendo; primeiramente estendendo algumas categorias de direitos aos homossexuais, como direitos patrimoniais e previdenciários; depois com a eliminação de leis que criminalizavam a sodomia e a promulgação de leis proibindo a discriminação por motivo de orientação sexual para mais tarde chegar a reconhecerem-se as uniões civis de mesmo sexo.

Os países escandinavos foram os primeiros a regulamentarem as uniões homossexuais, onde há quatro décadas, na Dinamarca, começou-se a discutir a legalização dessas relações. A partir de então várias discussões foram tomadas vindo, em 1989, o parlamento dinamarquês aprovar o *Registered Partnership Act*, lei a qual estendia os iguais direitos aos casais homossexuais, com algumas exceções.

Anos depois os países da Noruega, Suécia, Finlândia e Islândia passaram a adotar parcerias registradas, seguidas de Alemanha, Luxemburgo, Suíça, Inglaterra, Nova Zelândia, Eslovênia e Hungria.

Já em outros países, como a França e Portugal, foi admitido para essas relações o regime de parceria doméstica, o qual pode ser aplicado a todas as pessoas que não possuem relação de parentesco e que não sejam casadas ou envolvidas em outro pacto de solidariedade.

Mas, foi na Holanda, onde primeiramente legalizou-se o casamento entre pessoas de mesmo sexo, no qual o Departamento de Justiça entendeu, após análise das consequências jurídicas dessas uniões pelo caráter de flexibilidade da instituição do casamento que deveria, pois, englobar também tais relações. Daí em diante outros estados também vieram aprovar legislação instituindo o casamento entre homossexuais, mesmo com restrições a alguns direitos.

Já nos Estados Unidos (apenas alguns estados), no Canadá e na África do Sul, os casais homossexuais seguiram caminho diferente, alcançando o reconhecimento da união civil através das decisões judiciais; as quais basearam sua posição nos ideais de não discriminação por orientação sexual, aplicação da igualdade plena entre casais heterossexuais e homossexuais e interpretação progressista do texto constitucional para regular a realidade social.

2.2 Evolução Histórica da União Homoafetiva no Brasil

O ordenamento jurídico brasileiro não prevê o casamento entre pessoas do mesmo sexo e a interpretação judicial não tem o poder de criar direito material sob pena de invadir a competência do Poder Legislativo e violar o princípio republicano da separação harmônica dos poderes. O legislativo, por suas razões de cunho político, por enquanto mantém-se omissivo em disciplinar tais uniões, gerando incômoda situação e insegurança jurídica nas relações homoafetivas.

Como paliativo vem aplicando-se as regras da união estável heteroafetiva às relações homoafetivas. Entretanto, os projetos de lei que disciplinam a matéria ainda estão praticamente paralisados, enfrentando a burocracia do parlamento.

Os tribunais brasileiros vieram aos poucos reconhecendo os direitos decorrentes da união entre pessoas de mesmo sexo, considerando-a primeiramente como uma sociedade de fato, onde vigorava no âmbito dos direitos das obrigações. Depois passaram também a reconhecer direitos no âmbito das sucessões, família e previdenciário.

Em vários estados do país pode-se notar uma afirmação cada vez maior dos direitos referentes às relações homoafetivas. No estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, os cartórios, desde 2004, vêm procedendo ao registro das uniões de casais homossexuais, bem como os processos envolvendo essas relações são tramitados nas varas de família. Em julho de 2008, a Corregedoria Geral da Justiça do Piauí também expediu uma norma nesse sentido. Já o estado do Rio de Janeiro, em 2007, foi o primeiro a conceder pensão aos companheiros de mesmo sexo.

Em face da falta de disciplinamento jurídico brasileiro específico e particularizado atinente à regulamentação das parcerias homoafetivas torna-se grande a dificuldade encontrada pelos homossexuais em ter o reconhecimento das entidades familiares que formam.

Para contornar tal situação, os casais homossexuais adotaram estratégia diferente da regra geral, a qual deve ser seguida na luta por reconhecimento de direitos. Sendo conscientes das dificuldades de obter uma lei regulamentando o casamento entre pessoas de mesmo sexo, tomaram um atalho ao buscar nos tribunais a equiparação das uniões livres. Dessa forma, entende Moreira (2010, p. 58):

Cientes dos enormes obstáculos à legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo em um país extremamente conservador, os casais homossexuais brasileiros priorizaram a luta pelo acesso às instituições que regulam as uniões livres. As inúmeras vitórias alcançadas nos tribunais mostram o sucesso dessa estratégia. A longa tradição brasileira de se garantir proteção jurídica às uniões concubinárias abriu o caminho para o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas; os tribunais sempre se referem a esta tradição jurisprudencial para justificar a proteção jurídica dos casais homossexuais.

Esse jurista divide o desenvolvimento da jurisprudência brasileira sobre a união homoafetiva em três períodos. O primeiro teve início em 1989, com algumas decisões reconhecendo essas relações como sociedade de fato; através das quais se garantiam direitos patrimoniais, uma vez comprovada a contribuição direta ou indireta para a composição do patrimônio em comum.

O segundo período começou em 1996, quando se passou a garantir direitos previdenciários a esses casais, afirmando um tratamento igualitário, equiparando a sociedade de fato às uniões heterossexuais, passando a entender as uniões homossexuais como entidades familiares. Já no terceiro período, o qual estamos vivendo, há o merecido reconhecimento dessas relações como uniões estáveis e ações civis públicas estendendo direitos matrimoniais aos casais de mesmo sexo.

2.3 Conceituação de União Homoafetiva

Para estudar o conceito de união homoafetiva, primeiramente há de analisar o vocábulo "homossexual", palavra que deriva do grego hómos (o mesmo/semelhante) e do latim sexu (relativo ou pertencente ao sexo). A expressão homossexualismo fora utilizada primeiramente pelo médico húngaro Karoly Benkert, no ano de 1869, para caracterizar pessoas que têm preferência em manter relacionamentos afetivos e sexuais com indivíduos de igual sexo.

Em diferentes épocas a homossexualidade recebeu diversas concepções, passando por uma rejeição religiosa, depois chegando a ser vista como uma doença, para mais tarde ser entendida simplesmente como uma maneira de ser.

Na medida em que o direito pátrio fora admitindo outras formas de família não casamentárias, abriu-se caminho ao reconhecimento também das uniões de

pessoas do mesmo sexo. Estas, portanto, passaram por um processo de afirmação terminológica, sendo de início tratadas como uniões homoeróticas, depois passando a serem chamadas uniões homossexuais e por fim chegando à denominação de uniões homoafetivas, terminologia que as representam com maior propriedade, no entendimento da doutrina majoritária.

Este termo fora primeiramente utilizado pela jurista Dias em sua obra "*União Homossexual, o Preconceito e a Justiça*" para identificar melhor o vínculo de afeto entre os parceiros de igual sexo.

Ao tempo em que o artigo 1.723 do Código Civil reconhece como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Stolze e Pamplona (2011, p. 480) conceituam união homoafetiva como "*o núcleo estável formado por duas pessoas do mesmo sexo, com o objetivo de constituição de uma família*".

Na mesma obra, os autores fazem uma comparação da união homoafetiva com a união heteroafetiva, apontando para ambas uma mesma essência que é a relação estável afetiva não matrimonializada, constituindo em igual fundamento lógico para sua admissibilidade. A única diferença estaria, portanto, na falta de diversidade de sexo.

Logo, a parceria civil entre pessoas do mesmo sexo, que embora não reconhecida por expressa disposição legal, faz parte da evolução das relações humanas em sociedade.

A Constituição prevê três enquadramentos de família. A decorrente do casamento, a família formada com a união estável e a entidade familiar monoparental. Entretanto, a definição de família varia conforme a cultura e a época de cada sociedade, sendo que hoje já pode-se dizer que a união homoafetiva está englobada no conceito de união estável, constituindo-se um novo tipo de família a ser tutelada pelo ordenamento jurídico.

A advogada Nahas, em seu livro *União Homossexual – Proteção Constitucional* (2010, p. 61), diz que a família, sendo a célula base da sociedade, identifica-se no equilíbrio entre o ponto de vista individual dos que a compõem e o reconhecimento pela sociedade deste fenômeno. Assim, a definição do que é família varia conforme a cultura e a época de cada sociedade.

Por isso é que o legislador, no entendimento da autora, optou pela não conceituação de família na Constituição de 1988, para garantir seu caráter de flexibilidade, não precisando alterar seu texto para acompanhar as mudanças comportamentais relacionadas ao termo.

Percebe-se que, seguindo a interpretação feita pela jurista, a jurisprudência não está decidindo fora dos padrões de aceitação da sociedade; pelo contrário, se nos tribunais hoje estão reconhecendo o caráter familiar da união entre parceiros do mesmo sexo é por causa da afirmação cada vez maior de famílias homoafetivas que em nada se diferenciam dos outros tipos de família e que, portanto, seria injusto não ter os mesmos direitos garantidos.

Assim, a relatora Heloisa Combat, no Acórdão nº 1.0024.06.930324-6/001(1), faz analogia entre os institutos da união homoafetiva com a união heteroafetiva. Como a seguir demonstra a ementa:

AÇÃO ORDINÁRIA - UNIÃO HOMOAFETIVA - ANALOGIA COM A UNIÃO ESTÁVEL PROTEGIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRINCÍPIO DA IGUALDADE (NÃO-DISCRIMINAÇÃO) E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA DE UM PARCEIRO EM RELAÇÃO AO OUTRO, PARA TODOS OS FINS DE DIREITO - REQUISITOS PREENCHIDOS - PEDIDO PROCEDENTE. - À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. - O art. 226, da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. - A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito. (Acórdão Nº 1.0024.06.930324-6/001(1), Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MJ, Relatora: Heloisa Combat, Julgado em 22/05/2007).

Entendera a relatora que a união homoafetiva preenche todos os requisitos da união estável heterossexual, devendo ser conferido àquela também o caráter de entidade familiar com os direitos decorrentes deste vínculo. No

dispositivo é mencionado que o art. 226 da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Conclui-se que o conceito de união homoafetiva não se diferencia do conceito de união de pessoas de sexo oposto, uma vez que a própria Constituição não torna como requisito para a formação da união estável a distinção de sexos dos parceiros.

CAPÍTULO 3

CARACTERIZAÇÃO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO FAMÍLIA

O presente capítulo visa analisar o posicionamento dos doutrinadores relativamente à proteção constitucional e infraconstitucional das uniões homoafetivas, bem como estudar o conceito dado a esse novo instituto e, por fim, ponderar as recentes decisões dos Tribunais Superiores para compreender o tratamento que será dado a essas relações a partir de então.

3.1 Visão Doutrinária

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, já em seu Art. 16, III estabelece que "a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem por consequência o direito à proteção da sociedade e do Estado". Nesse sentido, a Constituição de 1988 procurou expandir ao máximo a proteção do Estado à família.

Segundo entende Lôbo (2010, p. 76), apesar de a Magna Carta apresentar princípios e valores que podem ser aplicados aos fatos hodiernos no campo do Direito da família, a legislação infraconstitucional mostra-se em descompasso, uma vez que várias de suas normas estão fundadas nos paradigmas passados.

Logo, este mesmo autor traz, em sua obra, que somente com a Constituição de 1988 consumou-se o término da longa história da desigualdade jurídica na família brasileira, pois em normas concisas e verdadeiramente revolucionárias proclamou-se em definitivo o fim da discriminação das entidades familiares não matrimonializadas, que passaram a receber tutela idêntica às constituídas pelo casamento.

Assim, os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade e os princípios gerais da igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar, melhor interesse da criança deveriam, na opinião do autor, ser aplicados às demais instituições familiares, muito embora estas ainda não estejam disciplinadas expressamente no Código Civil.

Dentre esses princípios, o autor dá especial destaque para a afetividade na formação das relações familiares e afirma que a família atual é tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo.

Dias (2011, p. 42) compartilha desse mesmo raciocínio ao afirmar que hoje o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.

A autora compreende o Art. 226 da Constituição Federal como uma cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. Ao mesmo tempo que admite a deficiência de normação jurídica a disciplinar as relações homoafetivas, sendo estas deixadas à margem da sociedade e à míngua do Direito.

Com relação ao princípio da igualdade, Rios (2002, p. 128-129), ao tratar da igualdade formal no ordenamento jurídico brasileiro, aponta para o fato de que esta busca superar as desigualdades entre as pessoas, através da aplicação da mesma lei a todos. Logo, na esfera da sexualidade, onde a homossexualidade se insere, a igualdade formal significaria em princípio a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, sem distinção de orientação sexual; em outras palavras, a aplicação fiel deste princípio dá-se reconhecendo a todos a qualidade de sujeito de direitos, independente da orientação homo ou heterossexual.

O autor esclarece também sobre a aplicação do princípio da igualdade material nas relações homossexuais, constituindo, portanto, em dispensar tratamento igual a pessoas e grupos que se encontram em situações semelhantes, sempre que não houver fundamentos racionais para a desigualdade.

Nesse sentido, Moreira afirma que:

O estudo da jurisprudência brasileira sobre as uniões homoafetivas tem grande importância para se perceber como a superação de uma perspectiva de aplicação da igualdade, baseada nos princípios do liberalismo individualista, pode contribuir para o avanço dos processos de transformação social tão necessários no nosso país.

O jurista Nelson Calandra, no artigo *Celebração do direito à vida e a dignidade humana*, publicado na revista *Visão Jurídica* (p. 68), aponta para a constitucionalidade da união estável homoafetiva tendo em vista que as pessoas envolvidas nesta relação são maiores e capazes e, portanto, podem exercer sua liberdade pessoal. Essas uniões, embora venham sendo tratadas como sociedade de fato, equiparando-se a um negócio, essa não é a tutela jurídica mais adequada a tais relações.

Percebe-se, pois, que a maioria da doutrina defende o caráter familiar das uniões entre pessoas de igual sexo, isto porque o doutrinador é um estudioso que leva em consideração a melhor aplicação da norma jurídica aos fatos sociais.

Todavia, a morosidade do legislador em disciplinar essas novas instituições houve por bem reconhecer pela primeira vez em uma lei às uniões homoafetivas o caráter de família. A Lei Maria da Penha – lei nº 11.340/2006 – ao proteger a mulher contra a violência familiar e doméstica ressalva em seus artigos 2º e 5º a independência de orientação sexual da vítima, estendendo assim, a sua tutela à mulher que forme união com pessoa de mesmo sexo. Consoante dispõe:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Pode-se perceber que, para grande parte da doutrina, as relações homoafetivas encontram amparo integral nos princípios gerais do Direito e que a

falta de tutela jurídica a discipliná-las constitui em um verdadeiro descaso para com estes cidadãos e afronta ao direito de igualdade formal e material tão bem anunciado na Constituição Federal de 1988.

3.2 Entendimentos jurisprudenciais

Felizmente os operadores do Direito vêm demonstrando seu compromisso com a justiça usando das condições que lhe outorga o sistema jurídico nos casos de omissão legislativa. Pode-se perceber essa progressiva afirmação de direitos, através da qual vai se solidificando a cidadania dessa minoria em estudo, por vários julgados trazidos aqui a título de exemplo:

Em julgamento de 13/09/2006 da Apelação Cível de nº 2006.001.45903 a desembargadora Maria Ines Gaspar entendia o relacionamento homossexual apenas como sociedade de fato para garantir ao cônjuge supérstite o direito de ficar com o imóvel residencial do casal.

EMENTA: HOMOSSEXUALISMO. SOCIEDADE DE FATO. RECONHECIMENTO ESFORÇO COMUM NA FORMACAO DO PATRIMÔNIO. PARTILHA DO PATRIMONIO COMUM. Direito Civil. Sociedade de fato. Relacionamento homossexual. O fator relevante para a configuração da sociedade de fato é a comunhão de interesses, de natureza econômica, exteriorizada pelo esforço que cada um realiza, com o objetivo de criar o patrimônio comum. Conjunto probatório que aponta a existência de sociedade de fato entre o autor e o "de cujus" nos anos de 1982 a 2000, época de seu falecimento, permitindo, ainda, concluir tenha sido o imóvel, onde residiram juntos, adquirido pelo esforço de ambos. Pedido procedente, em parte. Sentença mantida. Desprovemento do recurso. (AC. 2006.001.45903, Décima Sétima Câmara Cível, TJRJ, Rel. Des. Maria Inês Gaspar, julgado em 13/09/2006, v.u., in Revista Jurídica SEAPE, p. 7)

No Agravo de Instrumento nº 70022651475, a relatora Maria Berenice Dias proveu o recurso nomeando o companheiro homoafetivo em detrimento de herdeira ascendente:

EMENTA: SUCESSÕES. INVENTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNIÃO HOMOAFETIVA. NOMEAÇÃO DO SEDIZENTE COMPANHEIRO COMO INVENTARIANTE.

POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. Ainda que a alegada união homoafetiva mantida entre o recorrente e o de cujus dependa do reconhecimento na via própria, ante a discordância da herdeira ascendente, o sedizente companheiro pode ser nomeado inventariante por se encontrar na posse e administração consentida dos bens inventariados, além de gozar de boa reputação e confiança entre os diretamente interessados na sucessão. Deve-se ter presente que inventariante é a pessoa física a quem é atribuído o múnus de representar o Espólio, zelar pelos bens que o compõem, administrá-lo e praticar todos os atos processuais necessários para que o inventário se ultime, em atenção também ao interesse público. Tarefa que, pelos indícios colhidos, será mais eficientemente exercida pelo recorrente. Consagrado o entendimento segundo o qual a ordem legal de nomeação do inventariante (art. 990, CPC) pode ser relativizada quando assim o exigir o caso concreto. Ausência de risco de dilapidação do patrimônio inventariado. RECURSO PROVIDO (ART. 557, §1º-A, CPC). (Agravo de Instrumento Nº 70022651475, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 19/12/2007, v.u., in Revista Jurídica SEAPE, p. 14).

Na Apelação Cível nº 70021908587 o relator Ricardo Raupp Ruschel entende que a ação fora erroneamente denominada, uma vez que o caso *sub judice* trata-se de uma união estável e não apenas de uma sociedade de fato, sendo competente, portanto a vara de família.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS E ALIMENTOS. COMPETÊNCIA DAS VARAS DE FAMÍLIA. INICIAL NOMINADA ERRONEAMENTE DE SOCIEDADE DE FATO. NULIDADE INOCORRENTE. PRELIMINAR REJEITADA. Não é nulo o processo e a sentença quando se constata ter havido apenas mero equívoco terminológico no nome dado à ação, sendo clara a intenção do autor de buscar o reconhecimento de uma união estável, e não mera sociedade de fato. Versando a controvérsia sobre direito de família, a competência funcional é das Varas de Famílias. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. A união homoafetiva é fato social que se perpetua no tempo, não se podendo admitir a exclusão do abrigo legal, impondo prevalecer a relação de afeto exteriorizada ao efeito de efetiva constituição de família, sob pena de afronta ao direito pessoal individual à vida, com violação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Diante da prova contida nos autos, mantém-se o reconhecimento proferido na sentença da união estável entre as partes, já que entre os litigantes existiu por mais de dez anos forte relação de afeto com sentimentos e envolvimento emocionais, numa convivência *more uxoria*, pública e notória, com comunhão de vida e mútua assistência econômica, sendo a partilha dos bens mera consequência. ALIMENTOS. DESCABIMENTO. Revelando-se o requerente pessoa jovem e sem

qualquer impedimento ao trabalho, é de se indeferir o pensionamento, impondo-se a efetiva reinserção no mercado de trabalho, como, aliás, indicado nos autos. Preliminar rejeitada e recurso do requerido provido em parte, por maioria, e recurso do autor não conhecido, á unanimidade. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº0021908587, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 05/12/2007, v.u., in Revista Jurídica SEAPE, p. 15).

Pelos julgados acima, pode-se observar que o aplicador do Direito compreende que o Estado não deve excluir casais homossexuais dos benefícios garantidos aos casais heterossexuais. Dessa forma, as relações entre casais de mesmo sexo aos poucos vão ganhando reconhecimento cada vez maior de status familiar quando se decide pela analogia a união estável heterossexual e, conseqüentemente, reflete na melhor aplicação dos princípios da igualdade e segurança jurídica dessas relações.

3.3 Reconhecimento da União Estável Homoafetiva pelos Tribunais Superiores

Em acórdão do Superior Tribunal de Justiça, emitido em 2008 pela relatora Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial Nº 1.085.646 - RS (2008/0192762-5), podemos notar grande mudança na forma como as relações homoafetivas estão sendo tratadas. Consoante se expõe:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO AFETIVA ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO CUMULADA COM PARTILHA DE BENS E PEDIDO DE ALIMENTOS. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM).

Nesse acórdão, a ministra relatora atentou para o fato das uniões entre pessoas do mesmo sexo necessitarem de tutela jurídica, não podendo o legislador nem o julgador ignorar tal circunstância, devendo estar preparado para regular essas relações.

Usa, portanto, como fundamento da sua decisão os princípios da igualdade e da dignidade humana e reconhece então a parceria homossexual pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de

família, como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos dando direito do companheiro à meação dos bens adquiridos sendo a prova do esforço comum presumida.

Para não restar dúvidas quanto à possibilidade de se considerar as relações homoafetivas como união estável, em cinco de maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal também se pronunciou nesse sentido no bojo da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 4277 e da ADPF 132 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) propostas pelo Estado do Rio de Janeiro (com a subscrição do Governador Sergio Cabral) e pela Procuradoria-Geral da República, respectivamente, consoante ementa que se expõe:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) "QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS" (CF, ART. 5º,

XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL.

Inicialmente, cumpre assentar que as duas ações pretenderam obter a equiparação da união homoafetiva ao instituto da união estável prevista no Art. 226, §3º da Constituição Federal e no Art. 1723 do Código Civil. Na verdade, pretendeu-se o reconhecimento da inconstitucionalidade deste dispositivo do Código Civil, ao argumento de que este restringia o reconhecimento da união estável familiar à convivência entre o homem e a mulher.

Ambas as ações foram julgadas procedentes com unanimidade de votos. Ao julgar procedentes as ações, o STF reconheceu que a dita união homoafetiva deve ser equiparada à união estável, o que significa dizer que todo o regime jurídico instituído pelo Código Civil aplicável a esta se estenderá àquela.

A decisão do STF foi tomada levando-se em conta os inúmeros julgados favoráveis ao reconhecimento da união civil de homossexuais, o que já vinha acontecendo em tribunais de dez unidades federativas: Acre, Alagoas, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Minas Gerais, Piauí, Rio Grande do Sul e São Paulo.

Em seu proferimento, o relator entende que o art. 3º, IV da CF veda explicitamente o tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo. Portanto, segundo o ministro, esse tratamento desigualitário sem causa imposto por pessoas ou pelo próprio Estado infringe o objetivo constitucional de promoção do bem de todos.

Dessa forma, a doutrina já vinha se pronunciando há algum tempo, a exemplo de Bahia (2006, p. 99) que compreende que o texto constitucional pátrio não só admite como protege as questões relativas à homossexualidade, tendo em vista que a lei maior veta todo tipo de distinção entre os cidadãos do país. Bastaria tão somente, na opinião deste autor, uma correta interpretação jurídico-interpretativa para se garantir os direitos das pessoas homossexuais.

Assim, pois, o aplicador do Direito, deparando-se com a lacuna no ordenamento jurídico, deve fazer uso do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do

Direito Brasileiro e do art. 126 do Código de Processo Civil que determinam nessas situações a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito assegurando por fim uma interpretação útil dos diplomas legais.

Consoante exposto no art. 4º da LINDB, *in verbis*: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Ademais, dispõe o art. 126 do CPC que: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Diniz (2010, p. 204), nesse sentido, atenta para a aplicação dos princípios gerais do Direito como forma de integrar as relações homoafetivas na ordem jurídica brasileira:

Não há como fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável. O óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso dessa forma integrativa de um fato existente e não regulamentado no sistema jurídico. (...) Ao fazer uso dos princípios gerais de direito, o aplicador deve abeberar-se nos princípios introduzidos pela Constituição como norteadores do Estado Democrático de Direito. Assim, quer a determinação de respeito à dignidade da pessoa humana, quer a necessidade de se obedecer ao princípio da legalidade e da igualdade impõem que as uniões homoafetivas sejam inseridas no âmbito de proteção como entidade familiar.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, presente no inciso III do artigo 1º da Lei Maior e eleito como fundamento do Estado Democrático de Direito, aliado ao caput do seu artigo 5º, leva à conclusão de que o juiz não pode fazer distinção de um indivíduo para outro em razão de sua orientação sexual. Legislação *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Logo, pelo princípio da isonomia, direito fundamental e de eficácia plena, insculpido no artigo acima transcrito, há integral suporte constitucional às uniões de casais de mesmo sexo como entidades familiares; tendo em vista que a orientação sexual, por si só, não pode ser utilizada como fator de discriminação entre cidadãos hetero e homossexuais.

Bahia (2006, p. 107) entende que por toda a Constituição estar adstrita e vinculada à obediência máxima do princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, o §3º do art. 226 da CF não pode ser considerado taxativamente, e sim de forma exemplificativa; uma vez que o Estado deve garantir a proteção do instituto da união estável sob todas as suas configurações. Dispõe o §3º do art. 226 da CF, *in verbis*: “*Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*”.

Diante deste princípio basilar, o autor pugna pelo reconhecimento do caráter familiar das uniões de homossexuais, consoante se expõe (2006, p. 110):

Valendo-se de moderna roupagem que deve ser emprestada à família, considerando esta como um legítimo espaço de preservação e tutela da dignidade da pessoa humana, não parece ser possível o não- reconhecimento da parceria homossexual formada pela junção de valores, pensamentos e afetividade como entidade familiar, pois seria aceitar a nefasta idéia da existência de cidadãos brasileiros de primeira e de segunda escala, o que se cumpre a todo custo evitar.

Diante do exposto, tanto para os tribunais superiores como para a doutrina é perfeitamente legal o reconhecimento do caráter de família à união estável de companheiros de mesmo sexo, para tanto basta somente uma correta interpretação das normas que seja baseada nos princípios gerais de direito.

CAPÍTULO 4 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Uma vez configurada a união estável entre casais de mesmo sexo, torna-se de grande interesse saber quais direitos passam a ser garantidos ou confirmados bem como os deveres decorrentes dessas relações. Sabemos que, como regra geral, a partir desse julgamento da Suprema Corte tem-se por estendido aos parceiros da “união homoafetiva” todos os direitos que incidem na união estável.

Uma vez inserido este núcleo no campo do Direito de Família, várias consequências são sentidas, seja de efeitos pessoais, seja de cunho patrimonial. A seguir são colocadas algumas mudanças significativas para o tratamento das relações homoafetivas quando configuram uma união estável.

4.1 No Direito de Família

Primeiramente, há de se destacar que a partir da relação de união estável haverá a configuração de um novo estado civil, pois dessa relação surge um estado condominial entre os conviventes e para garantir a higidez dos negócios jurídicos faz-se necessário a identificação dos cotitulares do domínio. Nesse sentido, Diniz (2010, p. 184) entende que *“...a estabilidade das relações sociais impõe que se reconheça que a união estável também configura novo estado civil”*.

Assim, por uma questão de segurança jurídica não restam dúvidas quanto à admissibilidade do registro em cartório da parceria civil homoafetiva, pois a partir da decisão do STF tornou-se obrigação dos tabeliães, notários e registradores lavrarem o instrumento de convivência quando solicitado.

Entretanto é sabido que grande parte dos casais que vivem uma união estável não se preocupam em proceder ao seu assentamento em registro público, tornando-se muitas vezes necessária a definição judicial para estabelecer o início da união estável e, assim, poder identificar os reflexos no direito de propriedade.

Em relação à partilha dos bens, quando as uniões homoafetivas eram tratadas do ponto de vista do Direito das Obrigações, essas relações eram impropriamente consideradas sociedade de fato e fundamentadas na súmula 380 do STF, a qual versa: *“Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo*

esforço comum.” Assim, a divisão dos bens estava condicionada à contribuição financeira de cada um dos conviventes e não ao reconhecimento do estado condominial

Agora, com o reconhecimento da união estável homoafetiva, não é mais apropriado aplicar essa súmula na dissolução da relação. Dessa forma, no rompimento da vida em comum, deverão os companheiros receber proporções idênticas dos bens, adquiridos durante o convívio, seguindo o regime de comunhão parcial de bens quando não houver outro estipulado no contrato de união estável. Assim entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

Conflito negativo de competência. Ação de dissolução de união homoafetiva c/c partilha de bens. Equiparação analógica ao regime da união estável para fins de fixação de competência. Recente pronunciamento do STF a respeito da matéria, entendendo não se conceber subtrair das Varas da Família e das Sucessões litígios a tanto concementes - Conflito procedente. Competência do Juízo suscitante. (CC 655271620118260000 SP 0065527-16.2011.8.26.0000, Câmara Especial, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Martins Pinto, Julgado em 20/09/2011).

Elege o Código Civil como regime de bens aplicável à união de pessoas de mesmo sexo, em regra geral, o da comunhão parcial de bens, a teor do Artigo 1725: *“Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”*.

As uniões homoafetivas inseridas no Direito de Família têm como característica o fato de gerar responsabilidades mútuas entre os companheiros da relação, que têm origem no afeto. Mesmo quando findo o afeto e o convívio, subsistirá a obrigação de assistência. Permanecerá, pois, a responsabilidade de sustento, ou seja, obrigação de alimentar a favor daquele que necessita. Assim, o dever de alimentos tem como fundamento o princípio da solidariedade e a fonte da obrigação alimentar que são os laços de parentalidade.

Dessa forma, compreende Diniz (2010, p. 196) que a obrigação de sustento decorre do dever de assistência e se faz presente tanto no casamento quanto na união estável, independente de ser hetero ou homoafetiva, porque estas também decorrem do vínculo de afeto e, portanto, têm o dever de solidariedade mútua.

Assim enfatiza Stolze (2010, p. 498) que:

... o direito aos alimentos é consectário lógico do reconhecimento da união homoafetiva como forma de família, podendo, claro, ser negado o direito – assim como se dá no casamento ou na união estável heterossexual – se não ficar suficientemente demonstrado o binômio necessidade do alimentado X capacidade do alimentante.

Diante do exposto nas linhas acima, pode-se notar que são muitas as implicações no Direito de Família decorrentes do reconhecimento da união estável aos casais de mesmo sexo e que certamente esses direitos proporcionarão mais dignidade e respeito aos companheiros destas relações.

4.2 No Direito das Sucessões

O reconhecimento da união homoafetiva como família também provoca a sua inserção no direito sucessório, tornando possível elevar à condição de herdeiro o parceiro sobrevivente, por exemplo.

Não cabendo mais a aplicação da Súmula 380 do STF, como já citada anteriormente, agora não é preciso a comprovação da efetiva participação do parceiro sobrevivente para deferir-lhe o patrimônio amealhado durante o período de convivência. Não se trata mais de uma simples sociedade, mas de uma instituição familiar.

Assim, Diniz (2009, p. 209) diz que, havendo incontestável união homoafetiva, é cabível deferir ao parceiro a meação dos bens adquiridos durante a convivência, independentemente deste provar que contribuiu para sua aquisição.

Da mesma forma que nas uniões heteroafetivas, caberá ao companheiro supérstite a meação dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, nos termos do artigo 1790 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

- I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
- II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
- III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
- IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Logo, como acima exposto nos incisos, o companheiro sobrevivente concorrerá na sucessão com os descendentes ou, na falta destes, com os ascendentes do falecido. E quando estes não existirem, receberá a totalidade da herança.

Assim também o parceiro terá legitimidade para requerer a abertura do inventário e ser nomeado inventariante, ademais quando este se encontrar na posse dos bens, detendo a condição de administrador provisório. Conforme dispõe o artigo 1797 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente:
I - ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão;

Quanto ao direito real de habitação garantido aos cônjuges no artigo 1.831 do Código Civil, Diniz (2009, p. 207) compreende que está também assegurado aos companheiros em união estável, uma vez que estes exercem posse própria e de boa-fé, que lhe confere tanto o direito de sequela como o de percepção dos frutos.

4.3 No Direito Previdenciário

Mesmo quando ainda se entendia as uniões homoafetivas somente como sociedades de fato, os direitos de natureza previdenciária já vinham sendo garantidos a esses cidadãos; agora, com o reconhecimento da família homoafetiva, nenhum óbice deverá ser posto aos companheiros no gozo desses direitos.

Outra conclusão não se pode extrair senão a de reconhecer a condição de dependência aos parceiros numa união estável homoafetiva, assegurando-lhe a inclusão em planos de saúde e de direitos assistenciais, a exemplo do auxílio-reclusão e da pensão por morte. Dessa forma, a Justiça Federal reconheceu como dependente em plano de assistência à saúde o companheiro em relação homoafetiva, fulminando o tratamento discriminatório e marginalizador desses cidadãos, como a seguir expõe:

Constitucional, administrativo e civil. Mandado de Segurança. Servidor público federal. Relação homoafetiva. Entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo. Reconhecimento como dependente/beneficiário de plano de assistência à saúde. Garantia de formação do meio ambiente cultural brasileiro, ecologicamente equilibrado. (...) II. O reconhecimento de vínculos entre pessoas do mesmo sexo atende, também, a defesa constitucional da unidade familiar, da promoção do bem estar e da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, e, especificamente na espécie dos autos, da saúde, que é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da CF). (...) (TRF-1ª Região, AMS2005.34.00.013248-1/DF, 6ª T., j. 01.10.2007, rel. Des. Fed. Souza Prudente):

O próprio Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo pela possibilidade de concessão do benefício de pensão por morte ao companheiro homoafetivo, entendeu que não há por parte da Constituição a exclusão desse tipo de relacionamento, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário:

Recurso especial. Direito previdenciário. Pensão por morte. Relacionamento homoafetivo. Possibilidade de concessão do benefício. Ministério público. Parte legítima. (...) Diante do §3º do art. 16 da Lei 8213/1991, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva. (...) (STJ, REsp 395904/RS, 6ª T., j. 13.12.2005, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa)

Não restam dúvidas quanto à condição de dependência para fins previdenciários dos companheiros de igual sexo, uma vez que a Instrução Normativa 45/2010 do INSS/PRES, em seu artigo 25, já incluiu no rol de dependentes dos segurados os parceiros homossexuais que comprovem a vida em comum, nas mesmas condições que os parceiros em união heteroafetiva.

4.4 No Direito do Trabalho

O reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo gera efeitos que repercutirão também na seara trabalhista. Silva, em artigo para a Revista

Visão Jurídica (p. 72-73), relaciona alguns desses direitos que a decisão do STF proporcionou aos companheiros homoafetivos:

- Gozo de licença maternidade à empregada que adotar ou obtiver a guarda judicial para fins de adoção de criança, nos termos do artigo 392-A da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas);
- Gozo de licença paternidade, consoante artigo 7º, inciso XIX da CF c/c artigo 473, inciso III c/c artigo 10, §1º do ADCT;
- Percepção de salário-família por um dos parceiros da união homoafetiva ou ambos quando forem empregados de baixa renda, possuindo dependentes menores de 14 anos ou inválidos de qualquer idade, nos termos da legislação específica (art. 81 a 92 do Decreto 3048/99);
- Gozo de férias aos membros da família, que trabalharem no mesmo estabelecimento, no mesmo período, se assim desejarem e disto não acarretar prejuízo ao serviço, conforme o artigo 136, §1º da CLT;
- Proibição de diferença salarial, de exercício de função e de critério de admissão por motivo de sexo, nos termos do artigo 7º da CF;
- Considerar a rescisão indireta do contrato de trabalho, além da devida indenização quando houver discriminação no tocante à preferência sexual no âmbito da relação empregatícia, por analogia ao artigo 483 da CLT; dentre outros.

Certo de que além dessas existem outras implicações as quais podem ser extraídas do Direito Trabalhista, que se não forem atendidas prontamente pelo empregador poderão daqui em diante ser alegados com base na decisão dos ministros do Supremo.

4.5 Na Adoção por Casais Homoafetivos

A possibilidade de adoção por casais de mesmo sexo é uma questão que suscita grande polêmica. Mesmo uma parte dos juristas que reconhecem a condição de família a essas uniões tendem a não admitir a adoção por parte desses casais.

Assim, quando entra em discussão esse tema, surgem afirmações do tipo que a homossexualidade dos adotantes condicionaria o comportamento sexual dos filhos ou que comprometeria o sadio desenvolvimento do adotado. Todavia, na visão de alguns doutrinadores, especialmente da lição da grande defensora do direito das minorias, Dias (2010, p. 219), este tipo de argumento não tem qualquer fundamento.

Esta autora, inclusive, fundamenta a sua opinião em estudos realizados nos Estados Unidos, que buscaram pesquisar se nas crianças adotadas por casais homossexuais haveria a existência de sequelas se comparadas àquelas adotadas por casais heterossexuais:

Na Califórnia, desde meados de 1970, vem sendo estudada a prole de famílias não convencionais, filhos de quem vive em comunidade, em casamentos abertos, de mães lésbicas ou pais gays. Concluíram os pesquisadores que filhos de pais do mesmo sexo demonstram o mesmo nível de ajustamento encontrado entre crianças que convivem com pais heterossexuais. Nada há de incomum quanto ao desenvolvimento do papel sexual.(...)Também não foi detectada qualquer tendência importante no sentido de que filhos de pais homossexuais venham a se tornar homossexuais.

Conforme depreende-se do trecho exposto, não ficou caracterizada nas pesquisas qualquer mudança considerável no comportamento dos filhos de casais homossexuais e isto somado ao fato de que até hoje não houve pesquisa que provasse o contrário, não subsiste o argumento daqueles que teimam em impor óbices à adoção por casais homoafetivos.

O receio à adoção por entidade familiar homoafetiva não se justifica ainda, porque da mesma forma que é para os casais heterossexuais também há para os companheiros homoafetivos a obrigação de preencher os requisitos e atender a critérios previamente estipulados na lei que visam a proteção do melhor interesse da criança. Dessa forma, dispõe o Art. 29 do ECA que: *“Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”*.

Assim, a análise do caso concreto é que dirá se a adoção é aconselhável ou não, consoante entende Stolze (2010, p. 503) que:

Assim como se dá no procedimento comum de adoção por casais heterossexuais, o juiz deverá avaliar as condições sociais, morais e psicológicas dos adotantes – valendo-se de laudo psicológico, se necessário for – decidindo se a medida garante o bem estar do adotado ou não.

De outro lado, não existe no ordenamento pátrio proibição expressa nesse sentido, tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente como o Código Civil não fazem restrição quanto ao sexo, quanto ao estado civil ou à orientação sexual.

Diante da omissão legislativa, não pode o judiciário furtar-se ao julgamento dos pedidos de adoção por companheiros homossexuais. Foi o que ocorreu, por exemplo, em julgado do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. (Resp 889.852/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/04/2010, Dje 10/08/2010, 4ª Turma).

Nesta decisão, o relator fundamentou-se no artigo 1º da Lei 12.010/09 o qual prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes" e também no artigo 43 do ECA que estabelece que a adoção deverá ser deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Torna-se importante ressaltar ainda que parte da doutrina que se mostra a favor da adoção por companheiros homossexuais atentam para o fato de que além do tratamento mais justo a estes, maior vantagem se proporciona ao adotado, que gozarão das prerrogativas pertinentes à filiação como a guarda, alimentos e direitos sucessórios em relação a não apenas um, mas aos dois pais ou duas mães constituintes da relação familiar.

4.6 Algumas Considerações sobre os Efeitos da União Estável Homoafetiva

Relativamente ao processamento dos feitos envolvendo o reconhecimento ou desconstituição de união estável homoafetiva, bem como os direitos decorrentes dessa relação, não restam dúvidas que passam a ser de competência das Varas de Família.

A decisão da Suprema Corte brasileira neste caso gera efeitos *erga omnes* e vinculante. Por *erga omnes* compreenda-se a aplicabilidade a todas as relações jurídicas, sejam privadas, sejam públicas, isto é, toda sociedade deve observar o que foi decidido. Em razão dessa generalidade, essa decisão assemelha-se em tudo à lei, tendo a mesma eficácia desta.

Por efeito vinculante entenda-se a imposição de a decisão ser observada por toda Administração Pública, pelos tribunais e juízes; vale dizer, pelos Poderes Executivo e Judiciário em todos os seus planos e de todos os entes da Federação.

A decisão do STF basta para que a união homoafetiva tenha eficácia plena, já que chancelada pelo Supremo, órgão que diz a última palavra em matéria de constitucionalidade de atos normativos. Ao Poder Legislativo caberá apenas, mesmo por lei, explicitar o que já foi decidido pelo STF, impondo limites, sem, porém, poder afrontar o julgado em referência.

Todavia, isso não quer dizer que toda união estável alegada será reconhecida sem a devida prova dos requisitos de configuração da união estável. Portanto, assim como na união entre homem e mulher, os parceiros de mesmo sexo deverão comprovar os requisitos do artigo 1723 do CC, quais sejam: convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Amaral, em artigo à Revista Visão Jurídica (p. 70-71), entende pela ampliação do sentido deste artigo para alcançar os casais homossexuais, já que o mesmo não pode ser alterado pela decisão judicial.

A jurista cita alguns meios pelos quais pode se comprovar a união estável, como: 1) prova de mesmo domicílio, podendo ser comprovada através de correspondências dos parceiros dirigidas para o mesmo endereço; contas de água, luz, telefone, contrato de locação de imóvel etc; 2) seguro de vida em que um parceiro é beneficiário do outro ou plano de saúde, no qual há dependência entre os companheiros; 3) conta bancária conjunta, cartões, cartas, e-mails trocados de

conteúdo que demonstre a vida em comum, além de fotografias e testemunhas da relação.

Fica à opção do casal, ainda como forma de facilitar a comprovação da existência da união, realizar uma escritura declaratória de união estável, constituindo esta, em um documento formal, que goza de fé-pública, atestando a data de início da convivência. Além disso, os contratantes podem, neste instrumento, estipular normas que regerão a relação e suas consequências quando do seu possível término; a exemplo do regime de bens eleito pelas partes, bem como as questões referentes à pensão alimentícia.

Depois de elencar alguns direitos decorrentes do reconhecimento da união estável homoafetiva, cabe também lembrar os deveres recíprocos exigíveis neste tipo de relação. Stolze (2011, p. 494-495) cita quatro deveres básicos, quais sejam: o dever de lealdade; o dever de respeito; o dever de assistência e o dever de guarda, sustento e educação dos filhos.

Esse autor explica que o dever de lealdade constitui-se no compromisso de fidelidade sexual e afetiva e, quando violado, vier a tornar a vida em comum insuportável, poderá resultar no fim da relação de companheirismo.

Quanto ao dever de respeito, o autor expõe que este é pressuposto da própria afetividade e justifica a existência do próprio vínculo.

Em relação ao dever de assistência, o autor diz que este compreende tanto o apoio material alimentar como também o auxílio espiritual e moral entre os companheiros.

E, por fim, com relação ao dever de guarda, sustento e educação dos filhos o autor afirma que este decorre do próprio poder familiar e deverá ser observado nos casos de adoção.

4.7 Possibilidade de Conversão da União Estável Homoafetiva em Casamento

Outro questionamento que surge em relação ao reconhecimento da união estável homoafetiva é quanto à possibilidade de sua conversão em casamento.

A Constituição Federal em seu artigo 226, §3º dispõe justamente que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento. Para isso, a Lei

9.278/96 veio regular esse dispositivo reconhecendo, protegendo e igualando a união estável, em efeitos, ao casamento. Prevendo, portanto, em seu artigo 8º, que os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão dessa união em casamento, para isso sendo necessário apenas requerer ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio. Caso haja negativa, parece evidente que o poder Judiciário pode determinar a conversão. Sob pena de descumprimento da decisão do STF - ADI nº 4277, que deu interpretação ao art. 1.723 do Código Civil.

Recentemente, no dia 25 de outubro de 2011, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu por maioria de votos (4 x 1) que é possível a habilitação para o casamento diretamente no Cartório de Registro Civil, sem precisar requerer na Justiça a conversão da união estável homoafetiva em casamento.

A decisão do STJ deu-se no julgamento do Recurso Especial n. 1.183.378-RS, pela 4ª Turma, e que teve como relator o min. Luis Felipe Salomão, consoante informativo de nº 0486:

...O Min. Relator aduziu que, nos dias de hoje, diferentemente das constituições pretéritas, a concepção constitucional do casamento deve ser plural, porque plurais são as famílias; ademais, não é o casamento o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, qual seja, a proteção da pessoa humana em sua dignidade. Assim sendo, as famílias formadas por pessoas homoafetivas não são menos dignas de proteção do Estado se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. O que se deve levar em consideração é como aquele arranjo familiar deve ser levado em conta e, evidentemente, o vínculo que mais segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil. Assim, se é o casamento civil a forma pela qual o Estado melhor protege a família e se são múltiplos os arranjos familiares reconhecidos pela CF/1988, não será negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos nubentes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas e o afeto...

Em seu voto o relator entende que o casamento é a melhor forma de proteção da família, logo não pode ser negado a nenhuma família que por ele optar, independentemente da orientação sexual dos companheiros. Acrescenta, ainda, que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos

axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

Diniz também compartilha da ideia de admissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo. A autora, em seu livro (2009, p. 135), entende que não existe por parte do nosso ordenamento jurídico qualquer impedimento que se refira ao sexo dos noivos, além do que os dispositivos que regem o casamento não fazem menção de exclusividade à relação homem-mulher

4.8 Projetos de Lei

Diante da inércia do Parlamento brasileiro de legislar sobre o assunto, o STF arvorou-se de atuar com legislador positivo. Isso foi expressamente reconhecido e alardeado pelos Ministros em seus votos.

Foi dito que o legislador não atuaria satisfatoriamente porque sujeito às pressões de uma maioria e que era preciso garantir a subsistência de um direito da minoria. Entendeu-se que, embora o regime democrático fosse expresso pela vontade da maioria, o direito da minoria não poderia ser aniquilado porque ao ver do Tribunal se afrontaria o direito de igualdade, da não discriminação e da dignidade da pessoa humana.

Agora, após as diversas decisões jurisprudenciais, é provável que o Congresso Nacional se empenhe mais em discutir e aprovar os projetos que estão em tramitação. A exemplo do Projeto de Lei nº 1.151, de 1995, apresentado pela então Deputada Marta Suplicy, com o propósito de disciplinar “a união civil entre pessoas do mesmo sexo”; e, também, do Projeto de Lei nº 2.285/2007 (Estatuto das Famílias), que reconhece expressamente a união homoafetiva como uma entidade familiar.

O Projeto de Lei nº 1.151/95 tramita em uma comissão especial onde foi designado como relator o então deputado Roberto Jefferson, que apresentou um substitutivo, alterando alguns pontos do projeto, instituindo a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo. Este projeto foi aprovado pela comissão, mas está pendente de votação no plenário. O deputado também chegou a apresentar posteriormente outro Projeto de Lei sob o nº 5.252, de 2001, o qual buscava instituir

o "Pacto de Solidariedade", inspirado na lei francesa, no entanto não vingou e encontra-se arquivado desde 2007.

Ocorre que, depois de tantos anos sem uma resposta favorável ou não à aprovação do projeto nº 1.151, este deixou de ser um avanço na busca da tutela das relações de casais homoafetivos, sendo ultrapassado pelas decisões judiciais que avançaram muito mais nas conquistas de igualdade de direitos desses parceiros.

Este projeto sugere, portanto, alguns direitos trazidos aqui para exemplificar:

- registro da parceria de casais de mesmo sexo nos cartórios de registro civil(art. 2º);
- não alteração do estado civil dos contratantes durante a vigência da parceria civil registrada (art. 2º, §3º);
- lavratura do contrato em Ofício de Notas (art. 3º);
- extinção pela morte ou decretação judicial (art. 4º);
- impenhorabilidade do imóvel próprio e comum aos contratantes, nos mesmos termos do bem de família (art. 9º);
- configuração de dependência do parceiro para fins de benefício requeridos ao INSS(art. 10);
- benefício vitalício de pensão por morte de servidor público federal, e previsão dos estados e municípios disciplinarem sobre os benefícios previdenciários desses parceiros (arts. 11 e 12);
- direitos sucessórios (art. 13);
- preferência para exercer a curatela (art. 14);
- composição de renda para aquisição de casa própria e direitos relativos a planos de saúde e seguro em grupo (art. 16);
- inscrição como dependente para efeitos da legislação tributária (art. 17).

Com propriedade, Dias, em seu livro União Homoafetiva - O preconceito e a justiça (2010, p. 19), denuncia a falta de comprometimento do legislativo em desempenhar o seu papel quando este se nega a disciplinar o fato social das relações homoafetivas, deixando-as à margem da disciplina legal.

Na base de todo fato social existe um interesse merecedor de tutela, interesse que não depende da orientação sexual de seus titulares. Em uma democracia todos têm direito à vida, à liberdade e à proteção, e o Estado tem o dever de garantir o respeito à dignidade, à integridade física e a propriedade de cada um dos seus cidadãos. Mas, enquanto, por injustificável omissão do legislador, não forem disciplinadas as novas estruturas familiares que florescem independentemente da identificação do sexo do par, ninguém, muito menos os operadores do Direito, podem fechar os olhos a essas realidades. Em nome de uma moral conservadora, deixar de atribuir efeitos jurídicos às relações que, muito mais que sociedade de fato, constituem sociedade de afeto, revela atitude preconceituosa e discriminatória, indigna de quem se fez juiz.

Essas palavras resumem bem o menoscabo do nosso legislador em disciplinar as relações homoafetivas, que se furtando ao seu papel de representantes do povo deixam à míngua do Direito, estes cidadãos, os quais para fazer prevalecer as garantias constitucionais de igualdade e dignidade devem primeiro enfrentar um demorado processo de petição aos tribunais deste país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela pesquisa realizada, observou-se que o reconhecimento das relações homoafetivas como união estável pelos tribunais brasileiros foi um marcante avanço na garantia dos direitos desses cidadãos. Posto que, a partir da posição que o STF tomou, todos os outros tribunais brasileiros poderão se fundamentar para dar a essas famílias o regime jurídico condizente com tal situação estabelecida de fato.

Diante, pois, do cenário mundial que se abre cada vez mais para o respeito às diferenças e prega os conceitos de igualdade e dignidade da pessoa, outra não poderia ser a resposta dos ministros do Supremo. Para os estudiosos do Direito, não há qualquer impedimento jurídico do ponto de vista constitucional e das leis ordinárias que impeça a tutela dessas famílias formadas por casais de mesmo sexo.

De uma vez por todas fica então estabelecido que cabe aos companheiros homoafetivos os mesmos direitos dos companheiros heterossexuais. A começar pela mudança de competência no processo e julgamento dos feitos que passam a tramitar nas varas de família.

Uma vez que os companheiros homoafetivos obtiveram o reconhecimento da união estável, várias são as implicações desse status, seja no âmbito dos direitos de família, previdenciário, sucessório, dentre outros ramos. Ficam garantidos direitos tais como: a admissibilidade de registro em cartório da parceria civil homoafetiva; a presunção do regime de comunhão parcial de bens quando não houver outro estipulado no contrato de união estável; o direito à meação e à condição de herdeiro necessário; a inclusão em planos de saúde e de direitos assistenciais; etc.

Além dos direitos decorrentes da condição de instituição familiar, traz a esses parceiros os deveres dela também decorrentes como os de lealdade, respeito, assistência e o dever de guarda, sustento e educação dos filhos. Não nos esqueçamos também que da mesma forma, os casais homossexuais deverão atender aos critérios de convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família para restar configurada a relação de união estável.

Em relação ao direito de adoção por parte dos companheiros homoafetivos, esta ainda é uma questão um tanto delicada, todavia, é perfeitamente

possível na opinião de considerável parte da doutrina, uma vez que estes casais em nada se diferenciam de outros casais de sexo oposto, além de que, deve-se proporcionar a melhor condição de vida para o adotado.

Outro julgado que traz uma melhor compreensão dessas relações também foi pronunciado recentemente pelo STJ que entendendo uma vez configurada a união estável faz-se possível a sua conversão em casamento.

Por fim, a pesquisa foi concluída ponderando o fato da ausência do legislador em disciplinar as relações dos parceiros homoafetivos, que há muito clamam por garantias legais e, entretanto, não veem suas aspirações apresentadas à votação do legislativo. A exemplo do que ocorre com o Projeto de Lei nº 1.151/95, que ainda aguarda aprovação definitiva no parlamento e mesmo assim já se encontra defasado em relação às garantias que o judiciário já proporcionou a estas relações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Sylvia Maria Mendonça. **União estável homossexual: Novos caminhos.** ed. 64. Revista Visão Jurídica. 2011.
- ANGHER, Anne Joyce. Organização, **Vade Mecum: Acadêmico de Direito.** 12 ed. Editora Riddel. São Paulo-SP, 2011. - (Série Vade Mecum 2011).
- BAHIA, Claudio José Amaral. **Proteção constitucional à homossexualidade.** Leme: Misuno, 2006.
- BONFIM, Silvano Andrade. **A vitória do casamento gay no STJ.** Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20vit%C3%B3ria%20do%20casamento%20Gay%20no%20STJ%2026_10_2011.pdf. Acesso em: 02 novembro 2011.
- CALANDRA, Nelson. **União estável homossexual: Celebração do direito à vida e a dignidade humana.** ed. 64. Revista Visão Jurídica. 2011.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 8 ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo-SP, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça.** 4 ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo-SP, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves. **Os alimentos nas uniões homoafetivas: uma questão de respeito à constituição.** In: Jus Podium. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/> e Acesso em: 20 de março de 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil – volume VI – Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho** São Paulo: Saraiva, 2011.
- LIMA, Luciano Ferreira. O direito dos homoafetivos – a união estável e a prestação jurisdicional. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto de Direito Público e Público, nº. 19, julho, agosto, setembro, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 30 maio 2011.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 3 ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2010.
- MOREIRA, Adilson José. **União Homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira.** Curitiba: Juruá, 2010.
- NAHAS, Luciana Faísca. **União homossexual – Proteção constitucional.** ed. (ano 2006), 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010.

RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual: A homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-Americano.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Juliana Alves. **União estável homossexual: Impactos no direito do trabalho.** ed. 64. Revista Visão Jurídica, 2011.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O STF e a união estável homoafetiva. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2870, 11 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19086>>. Acesso em: 29 março 2011.