

# O reconhecimento das uniões homoafetivas – 2017

Maria Berenice Dias<sup>1</sup>

## Um novo paradigma

Não adianta, o sonho de todos é encontrar a felicidade. Esteja ela onde estiver! Por imposição cultural as pessoas acreditam que o sentido de completude está condicionado ao encontro de um par. Como diz a música, parece impossível ser feliz sozinho sem ter alguém para amar. Todos precisam de alguém para chamar de seu. É a velha busca pela cara metade!

Claro que esta aproximação atende ao instinto da perpetuação da espécie. É o acasalamento que assegura a reprodução humana. Basta lembrar que a igreja católica não celebra o matrimônio se o par não tem capacidade reprodutiva e é possível anular o casamento que não gera filhos.

Dito dogma é revestido de tal naturalidade que a maioria das legislações do mundo não prevê a identidade de sexo do par como impedimento para o casamento ou como causa para sua anulação. Para contornar esta omissão é que foi criada a teoria do casamento inexistente. Das três hipóteses doutrinariamente consagradas, somente o casamento de pessoas do mesmo sexo é tido por inexistente. As duas outras

hipóteses: incompetência do celebrante e ausência de manifestação de vontade são causas de anulabilidade do casamento e não de reconhecimento de sua inexistência (CC 1.548 IV e VI).

Todas estas colocações servem para evidenciar que a finalidade meramente procriativa do casamento, sempre serviu de justificativa para repudiar os vínculos homossexuais, tornando-os alvo da discriminação social e reféns do ódio de segmentos fundamentalistas.

Esta é a origem da perversa exclusão a que sempre foram condenadas as uniões que merecem ser identificadas como uniões de afetos e chamadas de homoafetivas, expressão com significado menos estigmatizante.

Esta foi a realidade brasileira até o começo deste século. Os relacionamentos homossexuais jamais foram tratados no âmbito do Direito das Famílias.

O florescer dos direitos humanos, a laicização do Estado e principalmente a coragem do Poder Judiciário forjaram a construção de um novo paradigma, que se consolidou a partir da histórica decisão do Supremo Tribunal Federal que, em 05 de maio de 2011, reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar, uniões estáveis com todos os direitos e obrigações.<sup>2</sup>

Como recomenda a Constituição Federal que seja facilitada a conversão da união estável em casamento, não demorou para a justiça garantir acesso ao casamento. Primeiro por conversão da união estável<sup>3</sup> e, logo em seguida, mediante habilitação

direta.<sup>4</sup>

Até que, em 2013, o Conselho Nacional da Justiça<sup>5</sup> expediu resolução impedindo que fosse negado acesso ao casamento, reconhecimento da união estável, bem como sua conversão em casamento.

Há que conhecer a coragem da magistratura deste país, que ultrapassa os tabus que rondam o tema da sexualidade e rompe o preconceito que historicamente persegue as entidades familiares homoafetivas.

Condenar à invisibilidade é a forma mais cruel de gerar injustiças e fomentar a discriminação. O Judiciário tomou consciência de sua missão de criar o direito. Não é ignorando certos fatos, deixando determinadas situações a descoberto do manto da juridicidade, que se faz justiça. O Estado não pode descumprir sua obrigação de conduzir o cidadão à felicidade.

É um marco significativo a façanha da jurisprudência, juridicizando e inserindo no âmbito da tutela jurídica as relações homoafetivas como entidades familiares. Mas não é suficiente. É necessário motivar o legislador a regulamentar situações que não mais podem ficar à margem da juridicidade. Consagrar os direitos em regras legais talvez seja a maneira mais eficaz de romper tabus e derrubar preconceitos.

**Marcos legais**

A Constituição Federal consagra como princípios fundantes do Estado Democrático de Direito, a liberdade e igualdade como elementos estruturantes do respeito à dignidade humana. Foi enfática e até repetitiva em vetar discriminações de qualquer ordem, o que diz também com a conduta afetiva e o direito à livre orientação sexual.

O art. 226 da Constituição traz um conceito abrangente de entidade familiar. Apesar de fazer referência exclusivamente à união estável formada por um homem e uma mulher, é norma de inclusão, não vedando o relacionamento homoafetivo. Afinal, heterossexualidade não é a única forma de convivência que existe.

A Lei Maria da Penha (L 11.340/2006), que coíbe a violência doméstica, alargou o conceito de entidade familiar, ao definir como família qualquer relação íntima de afeto. Foi o primeiro marco legal reconhecendo expressamente as uniões homoafetivas como família. Ao afirmar que está sob o seu abrigo a mulher, sem distinguir sua orientação sexual, assegura proteção não só a lésbicas, mas também a travestis e a transexuais do sexo feminino, que mantêm relação íntima de afeto, em ambiente familiar ou de convívio.

Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, acabou por ampliar o conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros. Tanto as uniões de um homem e uma mulher, como as famílias constituídas por duas mulheres ou por pessoas com distinta identidade de gênero, configuram famílias. E, se é família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união de dois homens que mantêm relação íntima de afeto.

A partir da nova definição de entidade familiar, não mais cabe questionar a natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo. Ninguém pode continuar alegando omissão legislativa, para deixar de emprestar-lhes efeitos jurídicos.

O Estatuto da Juventude (L 12.852/2013) assegura ao jovem direito à diversidade, não podendo ser discriminado por sua orientação sexual (art. 17, II). Impõe a inclusão de temas sobre questões de orientação sexual e de gênero na formação dos profissionais da educação, saúde e segurança pública e na dos operadores do direito (art. 18 III).

Deste modo, tornou-se obrigatória a inclusão na grade curricular dos Cursos de Direito a disciplina de Direito Homoafetivo, que merece ser reconhecido como um novo ramo do direito.

Diante destes marcos legais, nada justifica que o amor entre iguais seja banido do âmbito da proteção jurídica. A legislação precisa é acompanhar as mudanças que vem sendo impostas pela justiça.

Afinal, uma sociedade que se quer aberta, justa, livre, pluralista, solidária, fraterna e democrática, não pode conviver com tão cruel discriminação, quando a palavra de ordem é a cidadania.

**Uma trajetória de avanços**

O fato de não haver previsão legal específica para determinada situação fática não significa inexistência de direito à tutela jurídica. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito e nem impede a atribuição de efeitos jurídicos.

A lacuna deve ser suprida pelo juiz. É o que determina a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, apontando, inclusive, as ferramentas a utilizar: analogia, costumes e princípios gerais de direito.

Negar direitos a quem se afasta de determinados padrões morais impostos pela maioria conservadora, os torna reféns da exclusão social e presas fáceis do preconceito. Não se trata de silêncio eloquente, mas de postura omissiva do legislador que teme desagradar o seu eleitorado e comprometer sua reeleição.

Daí a necessidade de o judiciário exercer a função criadora do direito. Aos pares homossexuais foi imposto o mesmo calvário que trilharam as uniões extramatrimoniais. Sempre houve grande resistência em ver a afetividade como o elemento identificador dos vínculos familiares. Também havia o receio de comprometer o sacralizado conceito do casamento limitado à ideia da procriação e, por consequência, à heterossexualidade do casal.

Rotuladas como meras sociedades de fato, as controvérsias eram julgadas pelas varas cíveis. Limitava-se a Justiça a conferir-lhes sequelas de ordem patrimonial, fora do âmbito do Direito das Famílias. Eventual partilha dos bens amealhados durante o período de convívio dependia da prova do aporte financeiro de cada um dos sócios, operando-se verdadeira divisão de lucros. Data de 1998 a primeira decisão do Superior Tribunal de Justiça<sup>6</sup> que reconhecendo a união homossexual como uma

sociedade de fato.

Ações buscando alimentos ou direito sucessório eram sistematicamente extintas. A inicial era indeferida por carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido.

Todas as mudanças começaram pela justiça gaúcha. O primeiro grande marco foi a definição da competência das varas de família.<sup>7</sup> A decisão provocou a remessa de todas as demandas que tramitavam nas varas cíveis para a jurisdição de família, sendo a razão, mais sentimento do que vontade.

O passo seguinte foi reconhecer a possibilidade jurídica da ação que trazia como fundamento o Direito das Famílias, afastando a extinção do processo.<sup>8</sup>

Foi reconhecido o interesse de agir em medida cautelar de justificação<sup>9</sup> e assegurado o uso de ação declaratória da existência da relação homossexual.<sup>10</sup>

Assegurada a herança ao parceiro sobrevivente significou a inclusão das uniões homoafetivas também no âmbito do direito sucessório.<sup>11</sup> Emblemático o julgamento que, em sede de embargos infringentes e pelo voto de desempate do Vice-Presidente, deferiu a herança ao companheiro sobrevivente que disputava a herança com a municipalidade, diante da ausência de herdeiros sucessíveis.<sup>12</sup>

A mudança de rumo alcançou enorme repercussão nacional. O relacionamento homoafetivo deixou de ser visto como simples negócio, com objetivo exclusivamente comercial e fins meramente lucrativos. Passou a Justiça a emprestar relevância ao afeto. Fazer analogia com direito das famílias, sucessório, previdenciário, por exemplo, significa reconhecer a semelhança entre as relações familiares e as homossexuais. Na esteira dessas decisões, com significativa frequência, novos julgamentos adotaram posicionamento idêntico.<sup>13</sup>

A mesma Corte<sup>14</sup> admitiu os parceiros do mesmo sexo como dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas.

Identificada a união homoafetiva como entidade familiar, não só direitos patrimoniais foram reconhecidos. Diante do impedimento à adoção por parceiros homossexuais, duas crianças foram adotadas por uma das companheiras. A justiça gaúcha deferiu a adoção à outra.<sup>15</sup>

Mesmo estando o filho registrado somente no nome de uma das mães, quando da separação do casal foi assegurado direito de convivência da outra.<sup>16</sup>

A decisão do juiz impondo limitações quanto ao sexo e a idade das crianças a serem adotadas por um casal homossexual foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Paraná.<sup>17</sup>

A primeira decisão de uma corte superior reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar, não foi para conceder direitos, mas para limitá-los. Com base na regra da inelegibilidade dos membros da família (CF, art. 14, § 7º), o Tribunal Superior Eleitoral vetou a candidatura da parceira de uma prefeita.<sup>18</sup>

Na primeira vez que o Superior Tribunal de Justiça concedeu pensão por morte ao companheiro homoafetivo reconheceu a legitimidade do Ministério Público para intervir no processo.<sup>19</sup>

Nos anos de 2005<sup>20</sup> e 2006<sup>21</sup>, a mesma Corte admitiu, por analogia, a inclusão do companheiro homossexual como dependente em plano de assistência médica.

A condição de parceiros do mesmo sexo como dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas, também foi chancelada pelo STJ.<sup>22</sup>

Todos esses avanços culminaram com o julgamento do Supremo Tribunal Federal, que deu efetividade ao punhado de direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, como forma de garantir a dignidade humana sem discriminação de qualquer ordem.

## Estatuto da Diversidade Sexual

No Brasil, por força de decisões judiciais e não em razão de uma lei, os homossexuais casam, podem adotar filhos, fazer uso das técnicas de reprodução assistida e têm reconhecidos direitos previdenciários e sucessórios.

Tudo isso ainda é nada.

Não basta a natureza vinculante e com efeito *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal Federal que assegurou às uniões homoafetivas, os mesmos e iguais direitos e deveres das uniões estáveis.

Também não é suficiente que o Conselho Nacional de Justiça proíba a qualquer autoridade negar o reconhecimento da união estável e o acesso ao casamento direto ou por conversão.[\[1\]](#)

Na tentativa de blindar os avanços judiciais, foi apresentado o projeto de lei, intitulado de Estatuto da Família,<sup>[23](#)</sup> que define família como a entidade formada por um homem e uma mulher e, somente a ela, assegura um punhado de direitos. Este projeto de lei, de forma oportunista, tenta confundir para embaraçar a tramitação do Projeto do Estatuto das Famílias, elaborado e apresentado pelo IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família.<sup>[24](#)</sup>

O conservadorismo religioso vem tomando conta do Congresso Nacional. Igrejas fundamentalistas e segmentos preconceituosos se multiplicam e não medem esforços para impor

suas crenças, como se o país não fosse laico.

Diante deste quadro a Ordem dos Advogados do Brasil criou Comissões da Diversidade Sexual em todas as Seccionais e em inúmeras Subseções, bem como uma Comissão no âmbito do Conselho Federal. Um grupo de juristas, com a colaboração dos movimentos sociais, elaborou o projeto do Estatuto da Diversidade Sexual e apresentou propostas de emenda constitucionais para a alteração de sete dispositivos da Constituição Federal, o que deu origem a três Propostas de Emenda Constitucional. Duas delas já se encontram em tramitação no Senado Federal. Uma dá nova redação ao inc. IV do art. 3º, para proibir também discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive nas relações de trabalho.<sup>25</sup> Outra substitui a licença maternidade e a licença paternidade pela licença natalidade, com o prazo de seis meses. Nos 15 primeiros dias a licença é usufruída por ambos os pais. No período restante, por qualquer deles, de forma não cumulativa.<sup>26</sup> A terceira assegura acesso ao casamento igualitário. Substitui a expressão “homem e mulher” por “duas pessoas” (CF, art. 226, §3º).

O Estatuto da Diversidade Sexual é o mais arrojado projeto de lei do mundo, pois não existe uma legislação tão ampliativa na tutela dos direitos da população LGBTI – lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais.<sup>27</sup>

Por se tratar de segmento alvo de perseguição religiosa e preconceito social, sujeito à marginalização e à exclusão, o projeto foi desenhado a partir da concepção moderna de um microssistema. Teve por espelho outras legislações especiais, como o Código de Defesa do Consumidor, os Estatutos da Criança

e do Adolescente, do Idoso e da Igualdade Racial, todos voltados a segmentos sociais vulneráveis, que merecem regras protetivas diferenciadas. Por isso são elencados princípios e garantidos direitos. Há normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal. A homofobia é criminalizada e é imposta a adoção de políticas públicas a serem implementadas nas esferas federal, estadual e municipal.

O projeto veda a ingerência estatal, familiar ou social na vida privada do cidadão, seja para coibir que alguém viva com plenitude suas relações afetivas e sexuais, seja para coibir pressões para que alguém revele, renuncie ou modifique a sua orientação sexual ou a identidade de gênero.

Todas as pessoas têm direito à constituição da família e são livres para escolher o modelo de entidade familiar que lhes aprouver, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Dessa forma, são assegurados direito ao casamento, à constituição de união estável e sua conversão em casamento, à escolha do regime de bens, ao divórcio, à proteção contra a violência doméstica e familiar, à herança, à concorrência sucessória, ao direito real de habitação e a todos os demais direitos assegurados à união heteroafetiva.

O Estatuto regulamenta o direito ao exercício da homoparentalidade, garantindo acesso às técnicas de reprodução assistida e o uso de material genético do parceiro, bem como a habilitação individual ou conjunta à adoção de crianças e adolescentes.

No âmbito familiar, por exemplo, a expulsão de um filho menor

de idade de casa em razão da sua orientação ou identidade gera responsabilidade por abandono material e obrigação indenizatória aos responsáveis.

Estes são alguns dos direitos previstos no Estatuto da Diversidade Sexual, proposta legislativa que, sem dúvida, servirá de exemplo para diversos países.

Diante da enorme repercussão alcançada pela Lei da Ficha Limpa, foi desencadeado um movimento para angariar adesões e apresentar o Estatuto por iniciativa popular. A luta por sua aprovação certamente não será fácil, pois é necessário reunir cerca de um milhão e meio de assinaturas. Mas esta é a primeira vez que ocorre uma movimentação social pela aprovação de uma lei que assegure direitos às pessoas LGBTI. Certamente é o único jeito de driblar a postura omissiva do legislador que não mais poderá alegar que a iniciativa desatende ao desejo do povo.

Não há outra forma de a sociedade reivindicar tratamento igualitário a todos, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Assim, todos que acreditam que o Brasil é um estado livre e democrático precisam aderir à campanha.<sup>[28](#)</sup>

Está na hora de o Estado mudar o perverso tratamento discriminatório que atinge segmento da sociedade, ainda refém do preconceito.

Já que a Constituição Federal consagra como princípio maior o respeito à dignidade humana, é indispensável reconhecer que

todos os cidadãos dispõem do direito individual à liberdade, direito social de escolha e direito humano à felicidade.

Publicado em 05/07/2017.

1 Advogada; Presidente da Comissão Nacional da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB; Vice-Presidente Nacional do IBDFAM; [www.mbdias.com.br](http://www.mbdias.com.br); [www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br); [www.direitohomoafetivo.com.br](http://www.direitohomoafetivo.com.br); [www.estatutodiversidadesexual.com.br](http://www.estatutodiversidadesexual.com.br);

2 STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011.

3 TJSP, Protocolo nº 1209/2011, Juiz de Direito Fernando Henrique Pinto, j. 27/06/2011.

4 STJ, REsp 1.183.378 – RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011.

5 Conselho Nacional de Justiça – Resolução 175, de 14/05/2013.

6 STJ, REsp 148897-MG, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10/02/1998.

7 TJRS, AI 599075496, 8ª C. Cív., Rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 17/6/1999.

8 TJRS, AC 598362655, 8ª C.Cív., Rel. Des. José S. Trindade, j. 01/3/2000.

9 TJRS, AC 70002355204, 7ª C. Cív., Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 11/4/2001.

10 TJRS, AC 70005733845, 2ª C.Cív.Esp., Rel. Dr. Luiz Roberto

Imperatore de Assis Brasil, j. 20/3/2003.

[11](#) TJRS, AC 70001388982, 7ª C. Civ., Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 14/3/2001.

[12](#) TJRS, EI 70003967676, 4º Grupo de C.Cív., Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 09/5/2003.

[13](#) Decisões disponíveis no site [www.direitohomoafetivo.com.br](http://www.direitohomoafetivo.com.br)

[14](#) STJ , REsp 1.026.981-RJ, 4ª T.Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.02.2010.

[15](#) TJRS, AC 70013801592, 7.ª C.Cív., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 5.5.2006.

[16](#) TJRS. 7.ª C. Cív., AI 70018249631. Rel. Desª. Maria Berenice Dias. j. 11.04.2007.

[17](#) TJPR, 2.ª C. Cív., AC 529.976-1 rel. Juiz Conv. D'Artagnan Serpa Só, j. 11/03/2009.

[18](#) TSE, Resp. Eleitoral 24.564 – Viseu/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 1º/10/2004.

[19](#) STJ, REsp 395904-RS, 6ª T. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 13.12.2005.

[20](#) STJ, REsp 238.715-RN, 3ª T. Rel. Min. Humberto Gomes De Barros, j. 19.05.2005.

[21](#) STJ, REsp 238.715-RS, 3ª T. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 07.03.2006.

[22](#) STJ , REsp 1.026.981-RJ, 4ª T.Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.02.2010.

[11](#) Resolução do CNJ 175 de 2013.

[23](#) Projeto de Lei nº 6.583 de 2013.

[24](#) Projeto de Lei nº 470 de 2013.

[25](#) PEC 111/2011.

[26](#) PEC 110/2011.

[27](#) Íntegra do Estatuto da Diversidade Sexual no site [www.estatutodiversidadesexual.com.br](http://www.estatutodiversidadesexual.com.br).

[28](#) Adesões pelo site: [www.estatutodiversidadesexual.com.br](http://www.estatutodiversidadesexual.com.br)