

Unões homoafetivas e o STJ

Maria Berenice Dias^[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. A omissão legal; 3. A Lei Maria da Penha: o marco da legalização das uniões homoafetivas 4. A homoafetividade e a Justiça; 5. Considerações finais.

RESUMO

As uniões de pessoas do mesmo sexo sempre existiram, mas a partir do momento em que a igreja sacralizou o conceito de família, conferindo-lhe finalidade meramente procriativa, as relações homossexuais se tornaram alvo do preconceito e do repúdio social. A mais chocante consequência da exclusão no âmbito jurídico é a absoluta invisibilidade a que são condenados os vínculos afetivos, cujo único diferencial decorre do fato de serem constituídos por pessoas de igual sexo.

Mas as lutas emancipatórias, o florescer dos direitos humanos e a laicização do Estado estão forjando a construção de uma nova sociedade. É preciso resgatar os estragos que acabaram jogando para fora do âmbito da tutela jurídica significativa parcela da população.

É necessário reconhecer que as uniões entre pessoas, independente de sua identidade sexual, é uma união de afetos e como tal precisam ser identificadas. Daí a expressão homoafetividade.^[1]

De há muito o mundo civilizado já acordou, transformando em realidade o que proclamam todas as revoluções: o direito à

liberdade e à igualdade.

Palavras-chave: UNIÕES HOMOAFETIVAS – HOMOAFETIVIDADE – IGUALDADE – LIBERDADE – OMISSÃO LEGAL

ABSTRACT

The unions of people of the same sex has always been there, but from the moment that the Catholic Church made sacred the concept of family, giving it a procreative purpose, the homosexuals relations had become a target of prejudice and social rejection. The most shocking consequence of the exclusion from the sphere of the judiciary is the entire invisibility that the affection links are convicted to. The only difference comes from the fact that they are formed by people of same sex.

But the emancipationist struggles, the blossom of human rights, the withdrawal of the religious character of the State are producing a new society. Is needed to recover the damages, that ended up throwing away from the justice field of action a significant portion of the population.

It is necessary to recognize that the unions between people, independently of their sexual identity, is a union of affection and as it, they must be identified. Therefor the expression “homoaffectivity”.

It's been a long time since the civilized world has woken up, converting in reality what all revolutions has proclaimed: the right to freedom ant to equality.

Key Words: SAME-SEX UNIONS – “HOMOAFFECTIVITY” – EQUALITY – FREEDOM – LEGAL OMISSION

1. Introdução

A igualdade é almejada por todos e em todos os tempos. Está proclamada nas Declarações de Direitos Humanos no mundo ocidental. No Brasil, é consagrada no limiar do ordenamento jurídico pela Constituição Federal, que assegura, já em seu preâmbulo, *o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)*.

Erigido o respeito à dignidade da pessoa humana como cânone fundamental de um Estado Democrático de Direito,^[2] é a igualdade o princípio mais reiteradamente invocado na nossa Carta Magna. De modo expresso,^[3] é outorgada específica proteção a todos, vedando discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade. Também ao elencar os direitos e garantias fundamentais, é a igualdade a primeira referência da Constituição Federal. O art. 5º começa dizendo: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)*. Esse verdadeiro dogma é repetido já no seu primeiro inciso,^[4] ao proibir qualquer desigualdade em razão do sexo.

Mas há valores culturais dominantes em cada época, a gerar um sistema de exclusões, decorrente, mutas vezes de preconceitos

estigmatizantes. Tudo que se encontra fora dos estereótipos acaba por ser rotulado de “anormal”, que não se encaixa nos padrões, uma visão engessadora e excessivamente limitadora.

A homossexualidade é um fato que existe, sempre existiu e não pode ser negado, estando a merecer a tutela jurídica. Para isso é necessário modificar valores, abrir espaço para novas discussões, revolver princípios, dogmas e preconceitos.

Firmando a Constituição Federal Brasileira a existência de um Estado Democrático de Direito, o núcleo do atual sistema jurídico é o respeito à dignidade humana, atentando aos princípios da liberdade e da igualdade. A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva da pessoa e o direito à livre orientação sexual.

O estigma do preconceito não pode ensejar que um fato social não se sujeite a efeitos jurídicos. Se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em um verdadeiro convívio estável, caracterizado pelo amor e respeito mútuo, com o escopo de construir um lar, indubitável que tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei.

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. [\[5\]](#)

2. A omissão legal

A tentativa de abordar as questões referentes às uniões

homoafetivas, além das dificuldades de ordem dogmática e cultural, esbarra no silêncio da Carta Constitucional do Brasil, na ausência de previsão legislativa e no conservadorismo judicial.[\[6\]](#) As barreiras do preconceito, por sua vez, são ainda mais desafiantes: esmaecem a razão, quando não produzem rejeição sistemática e violência.[\[7\]](#)

A chamada Constituição cidadã, pretendendo integrar no laço social todos os cidadãos, foi enfática e até repetitiva em vetar discriminações de qualquer ordem. Ainda que festejada por seu ar de modernidade, acabou restringindo a proteção estatal à entidade familiar formada por um homem e uma mulher, olvidando que a heterossexualidade não é a única forma de vida que existe. Mas, conforme Paulo Lôbo, as uniões homoafetivas são entidades familiares constitucionalmente protegidas, pois preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e possuem escopo de constituição de família. A norma de inclusão do art. 226 da Constituição[\[8\]](#) apenas poderia ser excepcionada se existisse outra norma de eliminação explícita de tutela de tais uniões. Entre as entidades familiares explícitas existe a comunidade monoparental, que prescinde a existência de casal (homem e mulher). A Constituição não veda o relacionamento homoafetivo.[\[9\]](#)

De outro lado, não assegurar garantias nem outorgar direitos às uniões de pessoas do mesmo sexo infringe o princípio da igualdade, escancarando postura discriminatória ao livre exercício da sexualidade.[\[10\]](#) A omissão acaba por consagrar violação aos direitos humanos, pois afronta a liberdade sexual, direito fundamental do ser humano, que não admite restrições de qualquer ordem.[\[11\]](#)

A discriminação contra homossexuais é histórica, universal, notória e inquestionável realidade social.[\[12\]](#) Os relacionamentos fundados na identidade de sexo do par merecem regulamentação, sem que se possa confundir questões jurídicas com questões morais ou religiosas.[\[13\]](#) O não-reconhecimento

legal dessas uniões e a falta de atribuição de direitos constituem certamente cerceamento da liberdade e uma das formas em que a opressão pode se revelar.[\[14\]](#)

Ao se atribuírem possíveis efeitos jurídicos a tais relacionamentos, irrelevante emitir juízo valorativo sobre esta contingência social.[\[15\]](#) Inviável uma valoração tão-somente moral que se baseie em critérios uniformes da opinião pública. Qualquer construção jurídica que se pretenda fazer supostamente científica, não se compadece com tal subjetivismo.[\[16\]](#) Como o relacionamento íntimo entre duas pessoas do mesmo sexo pode ter efeitos jurídicos relevantes, é mais razoável que se faça uma abordagem jurídica e técnica da questão e não uma análise moral, porque esta última, além de ser excessivamente subjetiva, concluirá pela negativa de qualquer efeito útil.[\[17\]](#)

3. A Lei Maria da Penha: o marco da legalização das uniões homoafetivas

O advento da legislação visando coibir a violência doméstica teve mais um mérito. A Lei 11.340/2006, que passou a ser chamada Lei Maria da Penha, é o primeiro marco legal que faz referência expressa às famílias homossexuais, ao proibir discriminação por orientação sexual. Diz o seu art. 2º: “Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual (...) goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”. O parágrafo único do art. 5º reitera que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar. O preceito tem enorme repercussão. Como é assegurada proteção legal a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, isso quer dizer que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidades familiares. Violência doméstica, como diz o próprio nome, é violência que acontece no seio de uma família. Assim, a Lei Maria da Penha ampliou o conceito de família, alcançando as uniões

homoafetivas. [\[18\]](#)

Ao ser afirmado que está sob o abrigo da Lei a mulher, sem distinguir sua orientação sexual, encontra-se assegurada proteção tanto às lésbicas como às travestis, as transexuais e os transgêneros do sexo feminino, que mantêm relação íntima de afeto, em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos, as situações de violência contra o gênero feminino justificam especial proteção. [\[19\]](#)

Ao depois a lei define como família qualquer relação íntima de afeto (art. 5º, III), o que não permite excluir as homoafetivas deste conceito. Às claras que os vínculos constituídos por pessoas do mesmo sexo são uma sociedade de afeto. Assim, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma entidade familiar. Quer as uniões formadas por um homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres, quer as formadas por um homem e uma pessoa com distinta identidade de gênero, todas configuram familiares. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, fato é que ampliou o conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros. Se também família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Basta invocar o princípio da igualdade. [\[20\]](#)

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 avanço é significativo, visto que coloca um ponto final à discussão que entretém a doutrina e divide os tribunais. A eficácia da nova lei é imediata, passando as uniões homossexuais a merecer especial proteção do Estado. Sequer de sociedade de fato cabe continuar falando, subterfúgio de conotação nitidamente preconceituosa, pois nega o componente de natureza sexual e afetiva dos vínculos homossexuais. Agora, não mais é possível excluir as uniões homoafetivas do âmbito

do Direito das Famílias, sob pena de se negar vigência a lei federal. Conseqüentemente, as demandas não devem continuar tramitando nas varas cíveis, impondo-se sua distribuição às varas de família.

Diante da definição de entidade familiar, não mais se justifica que o amor entre iguais seja banido do âmbito da proteção jurídica, visto que suas desavenças são reconhecidas como violência doméstica. A realidade demonstra que a unidade familiar não se resume apenas a casais heterossexuais. As uniões homoafetivas já galgaram o *status* de unidade familiar. A legislação apenas acompanha essa evolução para permitir que, na ausência de sustentação própria, o Estado intervenha para garantir a integridade física e psíquica dos membros de qualquer forma de família.[\[21\]](#)

4. Homoafetividade e a Justiça

A garantia da justiça é o dever maior do Estado, que tem o compromisso de assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, dogma que se assenta nos princípios da liberdade e da igualdade.

O fato de não haver previsão legal específica para determinada situação não significa inexistência de direito à tutela jurídica. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem pode impedir que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática. A falta de previsão própria nos regramentos legislativos não mais justifica negar a prestação jurisdicional e nem serve de motivo para deixar de reconhecer a existência de direito merecedor da tutela jurídica. O silêncio do legislador deve ser suprido pelo juiz, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Clara, a determinação do da Lei de Introdução ao Código Civil. Na omissão legal, deve o juiz se socorrer da analogia, costumes e

princípios gerais de direito.[\[22\]](#)

O movimento libertário que transformou a sociedade e mudou o conceito de família também emprestou visibilidade aos relacionamentos homossexuais, ainda que o preconceito faça com que essas relações recebam o repúdio de segmentos conservadores. Mas a homossexualidade existe, sempre existiu;[\[23\]](#) e em nada se diferenciam os vínculos heterossexuais e os homossexuais que tenham o afeto como elemento estruturante.

O legislador intimida-se na hora de assegurar direitos às minorias alvo da exclusão social. A omissão da lei dificulta o reconhecimento de direitos, sobretudo frente a situações que se afastam de determinados padrões convencionais, o que faz crescer a responsabilidade do juiz. No entanto, preconceitos e posições pessoais não devem fazer da sentença meio de punir comportamentos que se afastam dos padrões aceitos como normais. Igualmente não pode ser invocado o silêncio da lei para negar direitos àquele que escolheu viver fora do padrão imposto pela moral conservadora, mas que não agride a ordem social e merece a tutela jurídica.

As uniões de pessoas com a mesma identidade sexual, ainda que sem lei, foram ao Judiciário reivindicar direitos. Mais uma vez a Justiça foi chamada a exercer a função criadora do direito. O caminho que lhes foi imposto já é conhecido. As uniões homossexuais tiveram que trilhar o mesmo *iter* imposto às uniões extramatrimoniais. Em face da resistência de ver a afetividade nas relações homossexuais, foram elas relegadas ao campo obrigacional e rotuladas de sociedades de fato a dar ensejo a mera partilha dos bens amealhados durante o período de convívio, mediante a prova da efetiva participação na sua aquisição.[\[24\]](#)

O receio de comprometer o sacralizado conceito do casamento, limitado à idéia da procriação e, por conseqüência, à heterossexualidade do casal, não permitia que se inserissem as

uniões homoafetivas no âmbito do Direito das Famílias. Havia dificuldade de reconhecer que a convivência está centrada no vínculo de afeto, o que impedia fazer a analogia dessas uniões com o instituto da união estável, que tem as mesmas características e a mesma finalidade que a família. Afastada a identidade familiar, nada mais era concedido além de uma pretensa repartição do patrimônio comum. Alimentos, pretensão sucessória, eram rejeitados sob a alegação de impossibilidade jurídica do pedido.

As uniões homossexuais, quando reconhecida sua existência, eram relegadas ao Direito das Obrigações. Chamadas de sociedades de fato, limitava-se a Justiça a conferir-lhes seqüelas de ordem patrimonial. Logrando um dos sócios provar sua efetiva participação na aquisição dos bens amealhados durante o período de convívio, era determinada a partição do patrimônio, operando-se verdadeira divisão de lucros. Reconhecidas como relações de caráter comercial, as controvérsias eram julgadas pelas varas cíveis. Os recursos igualmente eram distribuídos às câmaras cíveis que detêm competência para o julgamento de matérias cíveis não especificadas.

A mudança começou pela Justiça, que, ao definir a competência dos juizados especializados da família para apreciar as uniões homoafetivas, as inseriu no âmbito do Direito das Famílias e as reconheceu como entidades familiares. A definição da competência das varas de família para o julgamento das ações envolvendo as uniões homossexuais provocou a remessa de todas as demandas que tramitavam nas varas cíveis para a jurisdição de família. Também os recursos migraram para as câmaras que detêm competência para apreciar essa matéria. Esse, com certeza, foi o primeiro grande marco que ensejou a mudança de orientação da jurisprudência rio-grandense. [\[25\]](#)

Proposta a ação trazendo por fundamento jurídico as normas de Direito das Famílias, a tendência era o indeferimento da petição inicial. Decantada a impossibilidade jurídica do

pedido, era decretada a carência de ação. O processo era extinto em seu nascedouro, por ser considerado impossível o pedido do autor. O recurso foi acolhido por unanimidade de votos, reformando a sentença. Reconhecendo que a inicial descrevia a existência de um vínculo familiar, foi afirmada a possibilidade jurídica do pedido e determinado o prosseguimento da ação, para que as partes trouxessem as provas de suas alegações. [26]

Esta decisão, de forma clara, sinaliza o caminho para a inserção, no âmbito do Direito das Famílias, das uniões homoafetivas como entidade familiar, invocando a vedação constitucional de discriminação em razão do sexo.

A primeira decisão da Justiça brasileira que deferiu herança ao parceiro do mesmo sexo também é da justiça do Rio Grande do Sul. [27] A mudança de rumo foi de enorme repercussão, pois retirou o vínculo afetivo homossexual do Direito das Obrigações, em que era visto como simples negócio, como se o relacionamento tivesse objetivo exclusivamente comercial e fins meramente lucrativos. Esse equivocado enquadramento evidenciava postura conservadora e discriminatória, pois não conseguia ver a existência de um vínculo afetivo na origem do relacionamento.

Fazer analogia com o Direito das Famílias que se justifica pela afetividade, significa reconhecer a semelhança entre as relações familiares e as homossexuais. Assim, pasou a Justiça a emprestar relevância ao afeto o elegendo como elemento de identificação para reconhecer a natureza familiar das uniões homoafetivas. O Relator, Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, em longo e erudito voto, invocou os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade, concluindo que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para a seu reconhecimento. Na esteira dessa decisão, encorajaram-se outros tribunais e, com significativa frequência, se tem notícias de novos julgamentos adotando posicionamento idêntico.

Mesmo inexistindo controvérsia sobre a existência da união, passou a ser reconhecido o interesse de agir, mediante medida cautelar de justificação,[\[28\]](#) bem como admitido o uso de ação declaratória da existência da relação homossexual, sob o fundamento que a prova da convivência efetiva seria da maior importância na eventualidade de ruptura da vida em comum, com vista à apuração do resultado patrimonial.[\[29\]](#)

A ação mais emblemática foi a que levou o companheiro sobrevivente a disputar a herança que, na iminência de ser declarada vacante, em face da ausência de herdeiros sucessíveis, seria recolhida ao município. Em sede de embargos infringentes foram reconhecidos direitos sucessórios ao companheiro pelo voto de Minerva do Vice-Presidente do Tribunal.[\[30\]](#) Desta decisão o Ministério Público opôs recurso tanto ao Superior Tribunal de Justiça como ao Supremo Tribunal Federal, que ainda não foram alvo de julgamento.

Há uma decisão muito interessante. Como o Tribunal Superior Eleitoral[\[31\]](#) já proclamou a inelegibilidade do parceiro homossexual,[\[32\]](#) está reconhecido que a união entre duas pessoas do mesmo sexo é uma entidade familiar, tanto que sujeita à vedação que só existe no âmbito das relações familiares. Ora, se estão sendo impostos ônus aos vínculos homoafetivos, mister que sejam assegurados também todos os direitos e garantias a essas uniões, no âmbito do direito das famílias e do direito sucessório.

Recente julgamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul,[\[33\]](#) por decisão unânime, reconheceu o direito à adoção a um casal formado de pessoas do mesmo sexo. Os filhos haviam sido adotados por uma das parceiras vindo à outra a pleitear a adoção em juízo. Com certeza esta decisão selou de vez o reconhecimento de que a divergência de sexo é indiferente para a configuração de uma família.

Em todas essas decisões houve um verdadeiro enfrentamento a toda uma cultura conservadora e uma oposição à jurisprudência

ainda apegada a um conceito sacralizado de família. Há que reconhecer a coragem de ousar quando se ultrapassam os tabus que rondam o tema da sexualidade e se rompe o preconceito que persegue as entidades familiares homoafetivas. Essa nova orientação mostra que 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. Condenar à invisibilidade é a forma mais cruel de gerar injustiças e fomentar a discriminação, afastando-se o Estado de cumprir com sua obrigação de conduzir o cidadão à felicidade.

A postura da jurisprudência, juridicizando e inserindo no âmbito da tutela jurídica as relações homoafetivas, como entidades familiares, é um marco significativo. Inúmeras outras decisões despontam a mostrar a necessidade de se cristalizar uma orientação que acabe por 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.[\[34\]](#) Mas, enquanto a lei não vem, é o Judiciário que deve suprir a lacuna legislativa, mas não por meio de julgamentos permeados de preconceitos ou restrições morais de ordem pessoal.[\[35\]](#)

5. Considerações Finais

Com a Lei Maria da Penha, as uniões homoafetivas estão reconhecidas como entidade familiar. Entretanto, não existe a concessão de direitos, como ocorre com os cônjuges e os partícipes de uma união estável.

Diante das lacunas no Código Civil brasileiro fica a cargo da jurisprudência fazer justiça, o fim maior de um Estado Democrático de Direito. Porém, nem sempre os magistrados se

despem de preconceitos na hora de julgar e tratar a matéria sob a ótica da justiça.

Talvez uma bela solução seja a aprovação do Estatuto das Famílias, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, onde as uniões homoafetivas estão regulamentadas, merecendo tratamento equiparado à união estável.[\[36\]](#)

Até lá, os magistrados precisam ter sensibilidade para tratar do tema da diversidade sexual, cujas demandas precisam ser julgadas com mais atenção aos princípios da justiça e da igualdade. É necessária uma visão plural das estruturas familiares para inserir no conceito de família os vínculos afetivos que, por envolverem mais sentimento do que vontade, merecem a especial proteção do Estado.

Referências legais

ALBUQUERQUE, Afonso. “ A Homossexualidade”, em *A Sexologia – perspectiva multidisciplinar*. vol. I/ Lígia Fonseca; Catarina Soares; Júlio Machado Vaz (coords.). Coimbra: Quarteto, p. 359-382, 2003.

ARRIBAS, Santiago Cañamares. *El matrimonio homosexual en Derecho español y comparado*. Madrid: Iustel, 2007.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Da índole pretensamente sexual do instituto do casamento*. Disponível em: <http://pwp.netcabo.pt/0170871001/CarlosPamplonaCorteReal.pdf>. Acesso em 01/05/2008.

CZAJKOWSKY, Rainer. “Reflexos jurídicos das uniões homossexuais”, em *Jurisprudência Brasileira*. Paraná: Juruá, p. 95-107, 1995.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Homoafetividade: o que diz a justiça!* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 3. ed. rev., e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. "Vínculos hetero e homoafetivos", em *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas*/ Instituto Intersdisciplinar de Direito de Família (org.), 1ª ed. (ano 2001), 6ª tir. Curitiba: Juruá, p. 145-147, 2006.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARCUS, Eric. *Será uma opção?* / Sofia Fonseca Ribeiro (trad.). Lisboa: Sinais de Fogo, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RIOS, Roger Raupp. "Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade", em *Revista CEJ do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal*. Brasília, dez. 1998, n.6, p. 27-56.

[\[1\]](#) Advogada especializada em direito das famílias, sucessões e direito homoafetivo

Ex-desembargadora do Tribunal de Justiça do RS

Vice-Presidente Nacional do IBDFAM

www.mbdias.com.br

www.mariaberenice.com.br

www.direitohomoafetivo.com.br

[2] inc. III do art. 1º da Constituição Federal.

[3] CF, art. 3º, inc. IV: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[4] CF, art. 5º, inc. I: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

[5] Cfr. DIAS, Maria Berenice. “Vínculos hetero e homoafetivos”, p. 145-147.

[6] Como bem assevera Carlos Pamplona Corte-Real: “O instituto do casamento civil continua porém sendo o último reduto do preconceito que sustenta ser a conjugalidade heterossexual a pedra angular de qualquer sistema político. A heterossexualidade, a virtual perenidade do vínculo, a dependência da consecução do divórcio da ponderação da culpa do ou dos cônjuges e a finalidade pretensamente procriativa do casamento seriam então os sustentáculos fundamentais do sistema.” CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Da índole pretensamente sexual do instituto do casamento*.

[7] RIOS, Roger Raupp. “Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade”, p. 36.

[8] CFB, art 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

[9] Cfr. Lôbo, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.68.

[10] Na doutrina espanhola, é ainda considerado uma afronta ao direito à intimidade. Nas palavras de Cañamares Arribas: “*El contenido del derecho a la intimidad alcanza tanto a la intimidad stricto sensu, integrada entre otros componentes, por la intimidad corporal y la vida sexual, como a determinados aspectos de la vida de terceras personas que, por las relaciones existentes, incinden en la propia esfera de desenvolvimiento del individuo*”. ARRIBAS, Santiago Cañamares. *El matrimonio homosexual en Derecho español y comparado*. p. 27.

[11] Cfr. DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*, p. 85.

[12] RIOS, Roger Raupp. “Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade”, p. 36.

[13] Nas palavras do americano Eric Marcus: “A homossexualidade não é um pecado e não é imoral. Claro que nem toda gente concorda comigo, mas felizmente vivemos num país onde a moralidade e as crenças religiosas não estão legisladas, consistindo numa escolha pessoal”. Questiona-se: não seria o mesmo caso do Brasil? Cfr. MARCUS, Eric. Será uma opção? p. 163.

[14] SILVA, Américo Luís Martins da. *A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais*, p. 316.

[15] Sobre tal questão assevera Rodrigo da Cunha Pereira que, “a questão da homossexualidade é mais profunda e complexa e a sua discriminação não pode ser resolvida com valorização das identidades sexuais, pois tal fato seria um reforço de que essa identidade teria muita importância na vida moral dos cidadãos, ou seja, seria um reforço dos valores culturais sexistas”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*, p. 38-39.

[16] CZAJKOWSKY, Rainer. “Reflexos jurídicos das uniões homossexuais”, p. 97.

[17] CZAJKOWSKY, Rainer. “Reflexos jurídicos das uniões homossexuais”, p. 107.

[18] Cfr. DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. p. 35.

[19] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. p.191.

[20] DIAS, Maria Berenice. “Violência doméstica e as uniões homoafetivas”.

[21] RABELLO, Iglesias Fernanda de Azevedo Rabelo; SARAIVA, Rodrigo Viana. “ A Lei Maria da Penha e o reconhecimento legal do conceito de família”.

[22] LTCC, art 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

[23] Segundo Afonso de Albuquerque, “a homossexualidade, ainda que com muitas e diferentes designações, é referida como existente em todas as sociedades humanas e em todas as épocas, apesar de haver algumas cuja linguagem não possui uma palavra para a nomear”.. “ A Homossexualidade”, p .361.

[24] DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade: o que diz a Justiça*, p. 17.

[25] RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido. (TJRS, AI nº 599 075 496, Oitava Câmara Cível, Relator: Des. Breno Moreira Mussi, Data do julgamento: 17/6/1999).

[26] HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTAVÉL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união

estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida. (TJRS AC 598 362 655, 8ª C.Cív., Rel,: Des. José S. Trindade, j. 01/3/2000)

[\[27\]](#) UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO. PARADIGMA. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros. (TJRS – AC 70001388982, 7ª C. Civ. – Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j., 14/3/2001).

[\[28\]](#) JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. CONVIVÊNCIA HOMOSSEXUAL. COMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. É competente

a Justiça Estadual para julgar a justificação de convivência entre homossexuais, pois os efeitos pretendidos não são meramente previdenciários, mas também patrimoniais. 2. São competentes as Varas de Família, e também as Câmaras Especializadas em Direito das Famílias, para o exame das questões jurídicas decorrentes da convivência homossexual, pois, ainda que não constituam entidade familiar, mas mera sociedade de fato, reclamam, pela natureza da relação, permeada pelo afeto e peculiar carga de confiança entre o par, um tratamento diferenciado daquele próprio do direito das obrigações. Essas relações encontram espaço próprio dentro do Direito das Famílias, na parte assistencial, ao lado da tutela, curatela e ausência, que são relações de cunho protetivo, ainda que também com conteúdo patrimonial. 2. É viável juridicamente a justificação pretendida, pois a sua finalidade é comprovar o fato da convivência entre duas pessoas homossexuais, seja para documentá-la, seja para uso futuro em processo judicial, onde poderá ser buscado efeito patrimonial ou até previdenciário. Inteligência do art. 861 do CPC. Recurso conhecido e provido. (TJRS – AC 70002355204, 7ª C. Cív. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 11/4/2001).

[\[29\]](#) DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PESSOAS DO MESMO SEXO. Afastada carência de ação. Sentença desconstituída para o devido prosseguimento do feito. (TJRS – AC 70005733845, 2ª C.Cív.Esp. Rel. – Dr. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, j. 20/3/2003).

[\[30\]](#) UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal

fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe que seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria. (TJRS – EI 70003967676, 4º Grupo de C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 09/5/2003).

[\[31\]](#) REGISTRO DE CANDIDATO. Candidata ao cargo de prefeito. Reação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. (CF 14 § 7º). Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. (TSE – Resp Eleitoral 24564 – Viseu/PA – Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 1º/10/2004).

[\[32\]](#) CF, 14 § 7º: São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

[\[33\]](#) ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da

absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. Negaram provimento. Unânime. (TJRS, 7.ª C.Cív. AC 70013801592, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 5.5.2006).

[34] Neste sentido, Rodrigo da Cunha Pereira, quando afirma que “é preciso que o Direito esteja acima dos conceitos estigmatizantes, porque das relações de afeto, hetero ou homossexuais, decorrem conseqüências patrimoniais, e não dar a cada um o que é seu foge aos ideais de justiça”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*, p. 155.

[35] DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade: o que diz a Justiça*, p. 18.

[36] CAPÍTULO IV

DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se:

I – guarda e convivência com os filhos;

II – a adoção de filhos;

III – direito previdenciário;

IV – direito à herança.

NOTAS

[i] Os neologismos homoafetividade e união homoafetiva foi cunhado por Maria Berenice Dias, na sua obra: União homossexual: o preconceito & a justiça.

Publicado em 13/06/2010.