

UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

Camila Damázia Martins

Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga, Minas Gerais, Brasil.

Maria Emilia de Almeida Souza

Docente em Direito Processual Civil e Direito Civil pela Faculdade de Direito de Ipatinga, Minas Gerais, Brasil. Doutoranda pela Universidade de Buenos Aires - Argentina

Resumo: Analisa-se a real possibilidade de que as uniões homoafetivas sejam equiparadas, por meio da analogia, à união estável, instituto pertencente ao Direito das Famílias, para que assim sejam destinatárias de direitos e deveres conferidos às demais modalidades de família reconhecidas pelo Ordenamento Jurídico brasileiro. As relações homossexuais e heterossexuais não são de todo distintas, já que em ambas seus integrantes encontram-se ligados por vínculos afetivos e patrimoniais. O Direito deve reconhecer a existência de novas formas de manifestação de família, pois as relações entre pessoas do mesmo sexo não são sociedades de fato, mas de afeto, não se podendo considerá-las apenas do ponto de vista patrimonial e obrigacional.

Palavras-chave: União. Homoafetiva. Entidade. Familiar

NOTAS PRELIMINARES

Percebe-se a evolução na aceitação das relações homossexuais pela sociedade, e, ainda que lentamente, começa-se a discutir os direitos reivindicados por este grupo.

Neste diapasão, suscita-se a real possibilidade de que as uniões homoafetivas adquiram o *status* de entidade familiar valendo-se da analogia, forma de integração normativa prevista no artigo 126 do Código de Processo Civil e também no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conquanto haja uma lacuna na lei no que tange aos relacionamentos homossexuais, cabendo então aplicar-lhes a

mesma legislação existente para as uniões estáveis, sendo esta legislação o artigo 226 da Constituição Federal.

Destarte, é notória a evolução nas atitudes do Judiciário brasileiro, que recentemente reconheceu os relacionamentos homoafetivos como uniões estáveis, conferindo-lhes, por conseguinte, o caráter de família.

1 SEXUALIDADE COMO DIREITO INERENTE À CONDIÇÃO HUMANA

A liberdade sexual configura-se em direito fundamental, por ser integrante à personalidade de todo ser humano. Os direitos sexuais são direitos humanos universais baseados na liberdade, dignidade e igualdade para todos.

Maria Berenice Dias, em seu artigo científico Direito Fundamental à homoafetividade, esclareceu que a sexualidade é um direito inerente à condição humana, portanto ninguém pode se realizar como ser humano se não tiver respeitada sua orientação sexual:

“A sexualidade integra a própria condição humana. É um direito humano fundamental que acompanha o ser humano desde seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode realizar-se como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade de livre orientação sexual. O direito de tratamento igualitário independe da tendência sexual. A sexualidade é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outra das chamadas liberdades ou direitos fundamentais” (DIAS, 2010)

A livre manifestação da sexualidade encontra tutela no Ordenamento Jurídico brasileiro, o que se constata por disposições a este respeito inseridas no corpo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual trouxe grandes inovações no que tange à valorização e respeito ao cidadão, independentemente de qualquer distinção quanto ao sexo e ideologias.

Já no Preâmbulo da Constituição constata-se o asseguro da referida tutela, ao dispor:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (CRFB/1988, Preâmbulo)

Na seara dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, previstos no artigo 1º da Carta Magna, o inciso III apresenta o princípio da dignidade da pessoa humana, também trazido pela Declaração Universal da ONU de 1948, por meio do qual se atribui ao Estado o dever de assegurar a não violação à dignidade humana, devendo proteger a todos de comportamentos discriminatórios e preconceituosos. Ressalta-se que a legitimação da sexualidade é condição *sine qua non* para a garantia da dignidade humana.

A dignidade humana é, para tanto, irrenunciável e inalienável, cabendo ao Estado reconhecê-la, garanti-la e promovê-la.

Mais adiante, a Carta Magna prevê como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (CRFB/1988, art. 3º) afirmando, desta forma, que o poder deve ser exercido em proveito do povo e que o ser humano é o principal destinatário da norma jurídica.

E continua a dispor “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CRFB/1988, art.3º, IV). A igualdade é, portanto, o sustentáculo contra todas as desigualdades humanas.

Ainda no que tange à igualdade e também à liberdade, a Lei Maior determina:

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 (...) (CRFB/1988, art.5º, *caput*).

A partir da análise destes artigos, percebe-se que a igualdade, a liberdade e a dignidade são símbolos da democracia. Logo, para assegurá-los deve o Estado garantir a diversidade de idéias e valores e a convivência harmônica entre os

pensamentos divergentes de toda a sociedade, proibindo toda e qualquer forma de discriminação fundada na qualidade da pessoa, promovendo assim a justiça social.

Neste diapasão, a Constituição Federal ainda estabelece “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. (CRFB/1988, art. 5º, II)

Em vista disto, deve o Estado assegurar as possibilidades de escolha do homem para decidir suas atitudes visando sua realização pessoal, além de propiciar condições para que sua liberdade possa se concretizar de forma digna e de modo a garantir a integridade física e moral dos indivíduos.

2 A AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Primeiramente insta destacar, que o mesmo Estado Democrático de Direito que assegura o direito à liberdade, à dignidade da pessoa humana, à igualdade e que veda preconceitos e discriminações de quaisquer naturezas, promove a exclusão social quando não reconhece aos casais homossexuais os mesmos direitos atribuídos às uniões heterossexuais.

O artigo 226 e parágrafos da Carta Magna admite como sendo entidade familiar somente o casamento, a união estável entre o homem e a mulher e a família monoparental. Constata-se que o Ordenamento Jurídico brasileiro não previu expressamente as uniões entre pessoas do mesmo sexo como modalidade de família, havendo, pois, uma lacuna legal.

O dispositivo legal supramencionado assim determina, “para efeito de 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” (CRFB/1988, art. 226, § 3º). Da mesma forma estabelece o Código Civil de 2002 que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher pública, contínua e

duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. (CC/2002, art. 1723, *caput*)

Data vênia, somente a união pública, contínua e duradoura entre pessoas de sexos diferentes é reconhecida como união estável, capaz de formar uma família e digna de proteção estatal.

Quanto ao casamento, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não menciona expressamente que ele restringe-se a casais compostos por um homem e uma mulher. Contudo, o Código Civil, estabelece que “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”. (CC/2002, art. 1.514). Veja-se que o mencionado diploma legal exige diferenciação de sexos para a validade de um casamento.

O Direito não trata dos sentimentos, porém, é sua função garantir a liberdade e tutelar todo tipo de relação, afetiva ou não, entre os seres humanos. Já que se tem por contraditório que a própria norma, que veda a discriminação, seja revestida de cunho discriminatório e suprima direitos fundamentais das pessoas às quais se destina.

Rechaça-se, contudo, que a não previsão na lei não implica no não reconhecimento de direitos nem na ausência de tutela jurídica.

3 RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSSIBILIDADE JURÍDICA

3.1 Integração normativa

Antes de adentrar á solução jurídica para a situação descrita, faz-se necessário compreender o significado do instituto da integração das normas.

Quando o juiz verificar que não existe norma correspondente que possa ser aplicada à situação fática, ocorre o que se chama de lacuna da lei. Para supri-la e chegar a uma solução acertada, o aplicador do Direito valer-se-á da integração normativa.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 4º, determina que “Quando a Lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Neste mesmo sentido, o Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 126, prevê:

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 do Direito.

Diante do exposto infere-se que as leis, a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito são fontes do Direito, e para tanto, consistem em meios disponíveis ao Estado-Juiz para que possa sanar as lacunas deixadas pelo legislador.

Destaca-se, outrossim, que a analogia e os princípios gerais do Direito são os principais institutos utilizados pelos aplicadores do Direito para sanar a lacuna deixada pelo legislador no que tange às uniões homoafetivas, como se vê do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no ano de 2004:

AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). (AC 70009550070/RS)

3.2 Equiparação das uniões homoafetivas à entidade familiar

A grande maioria da jurisprudência pátria, diga-se de passagem, a maioria conservadora, prefere suprir a omissão legal equiparando analogicamente as uniões homoafetivas às sociedades de fato, previstas no Código Civil de 2002. Porém, a doutrina mais recente entende ser errônea tal equiparação, pois mesmo que assim se supra a lacuna deixada pelo legislador, não se leva em consideração o afeto

presente nas uniões homoafetivas e inexistente no campo do direito obrigacional, de caráter puramente patrimonial. Desta forma, preferem equiparar analogicamente estas uniões às uniões estáveis.

Há que se observar que as uniões homoafetivas fundam-se em laços afetivos, mais profundos do que simples laços patrimoniais, uma vez que os companheiros são movidos pelo afeto mútuo e têm um plano de vida em comum, constituindo, para tanto, uma família.

Maria Berenice Dias em sua obra *União Homossexual. O Preconceito & A Justiça*, diz que a falha do legislador pátrio é injustificável, já que do ponto de vista relacional, não se verificam distinções entre as relações homossexuais e heterossexuais, a não ser o gênero dos conviventes. Pelo contrário, há entre elas uma semelhança essencial: o vínculo pelo afeto. Escreve a autora:

Ambos são vínculos que têm sua origem no afeto, havendo identidade de propósitos, qual seria a concretização do ideal de felicidade de cada um. A lacuna legal é de ser colmatada por meio da legislação que regulamenta os relacionamentos interpessoais com idênticas características, isto é, com os institutos que regulam as relações familiares, sem que se esteja afrontando a norma constitucional que tutela as relações de pessoas de sexos opostos. (DIAS, 2001. p. 92)

Ao aplicarem o instituto da sociedade de fato, oriundo do Direito Empresarial e do Direito Obrigacional, a questões de família, doutrina e jurisprudência acabam por considerar que uma união homossexual não configura uma entidade familiar.

Ressalte-se que o reconhecimento da união homoafetiva como sociedade de fato, não permite que o companheiro faça jus a direitos sucessórios, previdenciários, a alimentos e de habitação, tendo somente direito à partilha do patrimônio adquirido durante a vida em comum, o que também pode ocorrer em caso de dissolução de uniões por causas distintas do evento morte.

A sociedade brasileira mudou e, conseqüentemente, o modo de os indivíduos relacionarem-se afetivamente também mudou. Hoje se tem a valorização do afeto sobre o patrimonialismo e a necessidade da procriação:

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. (ALBUQUERQUE, 2010)

Incabível, portanto, a aplicação do instituto da sociedade de fato, pois uma vez que haja vida em comum entre pessoas do mesmo sexo com o objetivo de formar uma família, tal união deverá ser reconhecida como entidade familiar, sendo consequentemente-lhe atribuída todos os direitos que-lhe são inerentes.

Segundo Paulo Lôbo, o aplicador do direito ao valer-se da interpretação analógica deve aproximar as uniões homossexuais à união estável, por ser o instituto que maior apresenta similitude com aquela, assim esclarecendo:

As uniões homossexuais são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria. Como a legislação ainda não disciplinou seus efeitos jurídicos, como fez com a união estável, as regras desta podem ser aplicáveis àquelas, por analogia (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil), em virtude de ser a entidade familiar com maior aproximação de estrutura, nomeadamente quanto às relações pessoais, de lealdade, respeito e assistência, alimentos, filhos, adoção, regime de bens e impedimentos. (LÔBO, 2009, p. 2-9 p. 68-69)

Entrementes, para que seja possível tal equiparação, faz-se necessário que os casais formados por pessoas do mesmo sexo demonstrem de forma inequívoca a presença dos requisitos indispensáveis à configuração da união estável, a saber, a união pública, contínua e duradoura, baseada no afeto, amor, respeito, lealdade e companheirismo, com a ressalva da não exigência de possuírem os companheiros diversidade de sexos.

Logo, o juiz utilizar-se-á de regras jurídicas que versam sobre uma união baseada no afeto, sem vínculos formais, porém com a presença de uma vida afetiva e sexual comum, duradoura e permanente entre companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre entre casais de sexos opostos.

Uma vez preenchidos tais requisitos, e com base no instituto da analogia, a união entre pessoas do mesmo sexo deve adquirir *status* de entidade familiar e, por conseguinte, ser-lhe atribuída os efeitos jurídicos dela advindos.

Em 05/05/2011, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, tomou uma decisão histórica ao julgar procedentes a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconhecendo a existência da união estável entre companheiros do mesmo sexo, definindo, por conseguinte, que as uniões homossexuais configuram uma entidade familiar.

De acordo com o posicionamento do Egrégio Tribunal, a equiparação vale para todos os fins e efeitos e possui efeito vinculante.

Segundo Cezar Peluso, presidente da Suprema Corte, as normas constitucionais - em particular o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal - não excluem outras modalidades de entidade familiar, por não se tratar de *numerus clausus*, o que permite dizer, tomando em consideração outros princípios da Constituição - dignidade, igualdade, não discriminação e outros - que é possível, além daquelas que estão explicitamente catalogadas na Constituição, outras entidades que podem ser tidas normativamente como familiares, tal como se dá no caso.

A união estável entre pessoas do mesmo sexo cria uma nova modalidade de família, a qual merece a proteção do Estado.

Com a decisão do STF, casais homossexuais passam a ter os mesmos direitos e deveres que a legislação brasileira estabelece para os casais heterossexuais, dentre os quais: adotar filhos e registrá-los em seus nomes; receber pensão alimentícia; ter acesso à herança de seu companheiro em caso de morte; ser incluídos como dependentes nos planos de saúde; efetuarem declaração conjunta em Imposto de Renda e constituir entidade familiar.

Há que se observar, porém, que os direitos dos parceiros gays são menos amplos do que os previstos na união entre homem e mulher, excluindo, por exemplo, o casamento civil homossexual.

Entretanto, enquanto o Congresso Nacional não aprovar uma legislação específica sobre o tema, valerá o entendimento do STF, pois não fora delimitado como a decisão será aplicada em casos práticos, o que caberá aos parlamentares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto constitucional de 1988 não tratou da união entre homossexuais.

A omissão do legislador pátrio culminou numa lacuna legal em nosso Ordenamento Jurídico. Evidenciou-se, porém, que a ausência de regramento legal, não implica em ausência do Direito. Deve sim, o aplicador do Direito, valer-se do mecanismo de integração das normas, recorrendo à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito, solução esta trazida pelos artigos 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e 126 do Código de processo Civil.

Observou-se que há facções da doutrina e jurisprudência pátria que preferem equiparar as uniões homoafetivas às sociedades de fato, instituto pertencente ao Direito das Obrigações, o que faz com que as mesmas gozem de efeitos meramente patrimoniais e não encontram tutela no Direito das Famílias. Doutrina e jurisprudência mais recente, porém, entendem ser inconcebível a equiparação das uniões homoafetivas às sociedades de fato, pois mesmo que assim se supra a lacuna deixada pelo legislador, não se leva em consideração o afeto presente nas uniões homoafetivas e inexistente no campo do direito obrigacional, de caráter puramente patrimonial.

Concluiu-se que as relações homossexuais e heterossexuais não são de todo distintas. Em ambas seus integrantes encontram-se ligados por vínculos afetivos e patrimoniais, não existindo diferenças entre os parceiros, a não ser o gênero dos conviventes. Assentou-se que o Direito deve reconhecer a existência de novas formas de manifestação de família, não somente sob a perspectiva de jurisprudência, mas também no próprio ordenamento pátrio.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Victor V. Carneiro de. **União estável homoafetiva e direito à igualdade. O caso do Clube Athletico Paulistano.** Teresina: Jus Navigandiano 15, n. 2674, 27 outubro 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17704>>. Acesso em: 15 dez. 2010 às 18h32min.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988. **Vade Mecum: acadêmico de Direito** / Anne Joyce Angher, organização. – 11. Ed. – São Paulo: Rideel, 2010. – (Série Vade Mecum 2010).

BRASIL. Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil. **Vade Mecum: acadêmico de Direito** / Anne Joyce Angher, organização. – 11. Ed. – São Paulo: Rideel, 2010. – (Série Vade Mecum 2010).

BRASIL. Decreto-Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Vade Mecum: acadêmico de Direito** / Anne Joyce Angher, organização. – 11. Ed. – São Paulo: Rideel, 2010. – (Série Vade Mecum 2010).

BRASIL, Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Vade Mecum: acadêmico de Direito** / Anne Joyce Angher, organização. – 11. Ed. – São Paulo: Rideel, 2010. – (Série Vade Mecum 2010).

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Notícias STF, Brasília, 02 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110522>>. Acesso em: 21 dez. 2010 às 21h15min.

_____. **Direito Fundamental à homoafetividade.** Porto Alegre. Maria Berenice Dias. Disponível em: <www.mariaberenicedias.com.br> Acesso em: 15 dez. 2010 às 20h24min.

_____. **Novos modelos de família: uniões homoafetivas.** Porto Alegre. Disponível em: <www.mariaberenicedias.com.br>. Acesso em: 15 dez. 2010 às 18h54min.

_____. **O amor não tem sexo.** Porto Alegre. Disponível em <www.mariaberenicedias.com.br>. Acesso em: 28 dez. 2010 às 17h23min.

_____. **União estável homossexual.** Porto Alegre. Disponível em: <www.mariaberenicedias.com.br>. Acesso em: 15 dez. 2010 às 18h54min.

_____. **União Homossexual. O Preconceito & A Justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; 2.^a Edição, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: família.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Acórdão 70009550070/RS. Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, Desembargadora Maria Berenice Dias, 2004. Disponível em:<www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 07 jan. 2011 às 17h28min.

RIOS, Dermival Ribeiro. **Grande dicionário unificado da língua portuguesa**. São Paulo: DCL, 2010.