

RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Leticia Ciambri GOTTLOB¹
Cláudio José Palma SANCHEZ²

RESUMO: Busca-se por meio deste trabalho demonstrar que toda pessoa, independente de orientação sexual, tem o direito de se relacionar com quem escolher. Uma vez que, são direitos garantidos ao homem a igualdade, a dignidade e a liberdade da pessoa humana. Levando em consideração o contexto histórico e a evolução das relações homoafetivas até os dias mais atuais.

Palavras-chave: União homoafetiva. Casamento. Direito familiar. Homossexualidade. União estável.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade sofre constantes mudanças, porém algumas devem ser regulamentadas pelo Direito. É o caso da homossexualidade, questão que nos dias atuais, vêm ganhando cada vez mais espaço e atenção. Por isso mesmo, no primeiro capítulo abordou-se um histórico sobre a temática no mundo, usando o método histórico.

A homossexualidade não é uma doença, são pessoas normais, que realizam as mesmas tarefas diárias que qualquer outro ser humano, mas que assumiram uma opção sexual diferente, o que não faz delas um animal.

Esse grupo social sofre diariamente o preconceito de ter feito uma escolha diferente do que é considerado normal pela sociedade. Porém esse direito de escolha lhes é permitido pelo direito à liberdade e a vida privada. Sofrem por não terem sido garantidos a eles direitos básicos como o reconhecimento da união homoafetiva, direito à adoção, à sucessão.

Hoje ainda existe a falta de uma lei concreta que assegure a esse grupo tais direitos, cabendo, portanto, a jurisprudência o devido julgamento desses casos. É a partir desse contexto que passam a surgir às primeiras garantias em relação ao direito homossexual.

¹ Discente do 1º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. lehgottlob@gmail.com

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. palma@unitoledo.br. Orientador do trabalho.

Esse trabalho foi realizado com o intuito de mostrar que a união homoafetiva é como qualquer outra união existente. Que merece o mesmo cuidado e atenção. Enfatizando assuntos de grande repercussão nos dias atuais.

2 HISTÓRICO DA HOMOSSEXUALIDADE NO MUNDO

Os relatos de relações homossexuais são frequentes desde a antiguidade, praticados inicialmente pelos gregos e romanos. Alguns estudos mostram que esse ato nasceu dentro dos mosteiros e acampamentos militares, o que parece ser contraditório, já que era a Igreja Católica Apostólica Romana, através da Santa inquisição, que mais perseguia os homossexuais.

Para os gregos, a homossexualidade significava dentre muitas atribuições, um aspecto intelectual, onde o que mais impostava era a valorização do belo. Além da intelectualidade, aspectos como a estética corporal e a ética comportamental poderiam também ser citadas como características fundamentais. A heterossexualidade era destinada apenas a procriação.

Em Roma, a pratica sexual era conhecida como Sodomia³, e era encarado como algo natural, onde apenas o praticante passivo sofria preconceito.

Com o início do cristianismo, a homossexualidade passou a ser tratada como um vício baixo, algo digno de repugnância, já que a Igreja considerava pecado qualquer pratica sexual que não fosse destinada a procriação. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona dizem que:

Até o início do século XX, qualquer tentativa de constituição de família fora dos cânones legais do matrimônio, era destinatário da mais profunda repulsa social [...] A união livre simplesmente não era considerada como família e sua concepção era de uma relação ilícita, comumente associada ao adultério e que deveria ser rejeitada e proibida.⁴

Com o passar dos anos e a evolução dos costumes, o tema passa a ganhar maior espaço dentro da sociedade, não significando que seja uma pratica já aceita por todos os indivíduos, afinal. Tudo que está ligado ao homossexualismo gera um certo silencio, um receio, despertando curiosidade e diversas inquietações.

³ Coito anal entre indivíduos do mesmo sexo, ou até mesmo entre homens e mulheres.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, 2011. P. 407

Sempre existirá uma desconfiança em relação aquilo que não nos parece normal, que foge das nossas crenças e costumes. Hoje, vem sendo retratada de maneira explícita na mídia em geral, mas tantos avanços ainda não serviram para provocar reflexos no âmbito jurídico.

3 A HOMOSSEXUALIDADE NA SOCIEDADE

A homossexualidade, assim como outros assuntos, é alvo de algumas críticas por parte de grupos. Essas críticas e preconceitos são constantes, quase sempre trazendo problemas e principalmente violações de direitos, o que vai contra o princípio da igualdade previsto no artigo 5.o. Para os críticos, a legalização da união homoafetiva seria uma grave ameaça a família e à sociedade, bem como às crianças que poderão ser geradas por estes casais. Para os defensores, nada mais é do que uma escolha individual e de direitos iguais, onde a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo significaria que o governo reconhece que em tal ato não existe nada de errado, estando assim, aptos para a formação de uma nova família.

3.1 A homossexualidade na mídia

Não é de hoje que a mídia passou a dar maior evidência à homossexualidade, seja por meio da televisão, ou através do cinema, os personagens homossexuais têm ganhado cada vez mais destaque.

Esse maior destaque que vêm sendo dado ao assunto, têm ajudado a quebrar vários tabus que a sociedade possuía, fazendo com que as pessoas aos poucos se acostumem com a ideia e tratem o tema de forma mais democrática.

Apesar de tanta divulgação na mídia sobre as relações homoafetivas, as pessoas nunca estarão de fato preparadas para tais conteúdos, o que ainda causará muito descontentamento.

4 UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E OS SEUS REQUISITOS

Dentro do princípio da igualdade é desejável e esperado que sejam aplicadas às famílias homoafetivas as mesmas normas que regulamentam a união estável das pessoas de sexo diferente, por se tratar de entidade familiar com estrutura mais próxima daquelas e, assim, garantindo-lhes os mesmos efeitos práticos.

Flávio Tartucce ensina que:

Os requisitos nesse contexto são que a união estável seja pública (no sentido de notoriedade, não podendo ser oculta, clandestina), contínua (sem que haja interrupções, sem o famoso “dar um tempo” que é tão comum no namoro) e duradoura, além do objetivo de os companheiros ou conviventes estabelecerem uma verdadeira família.⁵

Desse modo, podemos analisar de um modo breve, os principais requisitos para que seja reconhecida judicialmente a união estável, e que deverão estar presentes também nas uniões homoafetivas.

a) Estabilidade na relação e afetividade: Estabilidade para as relações humanas é tudo aquilo que é capaz de voltar ao equilíbrio na medida em que as dificuldades são superadas, permanecendo sólido o vínculo entre as pessoas relacionadas.

A conduta de relações tem que ser além de tudo, baseada na afetividade, principal característica que fundamenta as entidades familiares. Se refere a responsabilidade e ao cuidado com o outro e com a relação. É a afetividade que dá suporte e a firmeza que irão caracterizar a estabilidade.

b) Continuidade e Durabilidade: O tempo é importante para afirmar que existe a estabilidade em uma relação, porém não se pode tratar de maneira simples e em termos numéricos o período de tempo necessário para a solidificação do vínculo. Talvez o que configure a estabilidade duradoura seja a continuidade de uma relação firme.

Histórias que se perdem em fins e recomeços, com hiatos preenchidos por outras histórias, por mais que durem décadas, não serão estáveis.

⁵ TARTUCCE, Flávio; SIMÃO José Fernando. 2013, p. 268

c) Convivência pública: diz respeito à publicidade da vida do casal enquanto relacionamento afetivo, fazendo parecer as demais pessoas que existe uma relação conjugal. Paulo Lôbo cita que a convivência pública não deve significar a convivência sob o mesmo teto:

Nem a Constituição, nem o Código Civil fazem tal exigência, acertadamente, pois da realidade social brotam relações afetivas estáveis de pessoas que optaram por viver em residências separadas, especialmente quando saídas de relacionamentos conjugais ou que foram obrigadas a viver assim em virtude de suas obrigações profissionais. A estabilidade da convivência não é afetada por essa circunstância, quando os companheiros se comportarem, nos espaços públicos e sociais, como se casados fossem⁶.

d) Objetivo de constituição de família: não se deve confundir namoro com união estável. Para o namoro não existem regras nem os efeitos jurídicos de uma família já constituída. O requisito do objetivo de constituição de família significa a já presença da família na concretização de um projeto a dois e se apresenta a partir do preenchimento dos demais requisitos já apontados. Se a relação é estável, afetiva, pública, duradoura e continua, não somente a família existe como sua origem, mas é motivada pela vontade comum de formá-la.

5 FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Em tempos passados, somente o casamento era elemento formador de uma família. Havia uma nítida separação entre as pessoas que eram casadas e as que não eram. Entre aqueles que possuíam o direito de se casar e entre aqueles a que estes direitos não eram reconhecidos. E para os casais homoafetivos essa possibilidade de casamento lhes eram retirados.

Os ordenamentos jurídicos têm influência no desenvolvimento das famílias, têm influência efetivamente afetiva, incluindo ou excluindo da pertinência à família mais ampla, o social. O tratamento que as famílias recebem deste representante paterno, que é o Estado e o judiciário, em muito influenciará seu destino.

⁶ LÔBO, Paulo. 2008, p. 152 – 153.

O modelo familiar que hoje prevalece é o da família eudemonista, no qual cada indivíduo é importante em sua singularidade, tendo o direito de ser feliz em seu contexto, independentemente de sua orientação sexual. Pautar direitos tendo como parâmetro o sexo a quem é destinado nosso afeto é perverso e injusto.

A família é muito mais do que a reunião de pessoas com o mesmo sangue. É o encontro, afeto, companheirismo, é dividir para somar. E como o sentido de cidadania é o da inclusão social, não é humano e tampouco jurídico deixar de proteger pessoas que possuem os mesmos deveres perante o Estado

Mesmo que não seja aceito no direito brasileiro o casamento entre casais do mesmo sexo, deve-se aceitar a união estável com todos os seus direitos garantidos.

A afetividade não é indiferente ao Direito, pois é aquilo que aproxima as pessoas, dando origem aos relacionamentos que geram as relações jurídicas, fazendo jus ao status de família. Tudo que tem por base o afeto, merece proteção estatal.

O silêncio das leis sobre as uniões de casais do mesmo sexo, não significa que a sociedade deve então ser construída apenas com pessoas heterossexuais.

6 ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

Quando se fala de relações homoafetivas, geralmente os legisladores brasileiros fazem uso da juridicidade, já que não existem previsões legais, autorizando ou vedando a adoção por casais homoafetivos.

Ao que diz respeito a adoção, Valdir Sznick cita que: “Pode-se definir a adoção como um ato jurídico pelo qual o vínculo familiar é criado, em virtude do próprio ato, pelo legislador.”

Ao admitir a adoção por uma pessoa, não faz ressalva à sua orientação sexual. Quando é buscado subsídios na legislação alienígena, é possível notar que raros são os países que admitem a adoção, até mesmo os que deferem todos e iguais direitos às uniões home e heterossexuais fazem ressalvas quando o assunto é a adoção.

O primeiro país a quebrar tal resistência é a Dinamarca, em 1999. Os países que aceitam o casamento homossexual – Holanda, Bélgica, Espanha,

Canadá, África do Sul e Noruega – não restringem a adoção. Nem o Estatuto da Criança e do Adolescente⁷ e nem o Código Civil⁸ trazem qualquer restrição quanto ao sexo, estado civil ou à orientação sexual do adotante.

Diante da preocupação do legislador com o bem-estar da criança, nenhum motivo legítimo existe para deixá-la de fora de um lar. Ainda que se admita que o Estatuto da Criança e do Adolescente não tenha cogitado a hipótese da adoção homoparental, há a possibilidade de que ocorra, independentemente de qualquer alteração legislativa.

É permitida a colocação de crianças e de adolescentes no que é chamado de família substituta, não sendo definida a conformação dessa família⁹. Limita-se a lei definir o que seja família natural¹⁰, não podendo afirmar que esteja excluída de tal conceito a família homoafetiva.

O direito à adoção por casais homoafetivos tem fundamento de ordem constitucional. Não é possível excluir o direito à paternidade e à maternidade a gays, lésbicas, transexuais e travestis, sob a pena de se infringir o mais sagrado direito do respeito à dignidade da pessoa humana, que é sintetizada no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem.

A Constituição consagra o princípio da proteção integral, que é atribuído ao Estado o dever de assegurar que crianças e adolescentes, além de outros, o direito ao respeito à dignidade, à liberdade e à igualdade¹¹.

A preocupação quanto ao sadio desenvolvimento do adotado é o ponto que mais suscita dúvidas para ser aceita a adoção por um indivíduo ou por um par homossexual. Os conservadores defendem a ideia de que a ausência de referências de ambos os gêneros pode eventualmente tornar confusa a própria identidade sexual, havendo o risco de se tornar também um homossexual. Porém, se tal premissa fosse verdadeira, os filhos de casais heterossexuais não se tornariam homossexuais, como ocorre algumas vezes.

⁷ ECA, art. 42: “Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil (...)”.

⁸ CC, art. 1618: “Só pessoas maiores de 18 (dezoito) anos podem adotar”.

⁹ ECA, art. 28: “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou do adolescente, nos termos desta lei”.

¹⁰ ECA, art. 25: “Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”.

¹¹ CF, art. 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

A prevenção quanto à orientação sexual do adotante, além de ser injusta, retrograda e inconstitucional, não pode prevalecer diante das necessidades, expectativas e proteção da criança ou do adolescente.

7 NORMAS QUE REGULAMENTAM A UNIÃO HOMOAFETIVA

As normas que regulamentam a união homoafetiva buscam assegurar os direitos das pessoas do mesmo sexo que vivem em união estável, a fim de que possam ter os mesmos direitos que os casais heterossexuais têm.

7.1 Projeto de lei 1.151 de 1995

Existe no Brasil desde 1995 um projeto de lei escrito pela Deputada Marta Suplicy que visa disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo. O referido projeto conta com 18 artigos que têm como objetivo principal proteger os direitos à liberdade e à sucessão de pessoas que possuam o mesmo sexo.

De acordo com o projeto:

“Art. 1. º: É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, visando a proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e dos demais regulados nesta lei.”

O projeto teria que tramitar por toda câmara, mas com base no regimento interno da casa, criou uma comissão especial, que iria substituir todas as outras comissões da câmara, e foi declarado como relator o deputado Roberto Jefferson.

O relator apresentou um substitutivo, alterando alguns pontos do projeto instituindo a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Apesar de várias tentativas de colocá-lo em pauta, o projeto nunca chegou a ser votado. Está claro que para a situação atual sobre o homossexualismo, o projeto em questão já se tornou ultrapassado, e ainda assim, não é arquivado.

7.2 Outras leis

O que a lei define por meio do atual código civil sobre união estável é que para que seja reconhecida deve antes haver uma publicidade, ou seja, o conhecimento da união no meio social aonde o casal vive. Deve também haver a continuidade, não devendo sofrer interrupções a todo instante, e por fim e principalmente deve existir a intenção de construção familiar.

“Art. 1723: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Vale ressaltar que também de acordo com os artigos 1521 e 1523 do código civil, não existe nenhum impedimento para que se reconheça a união estável entre pessoas do mesmo sexo, logo, não existe lei sendo violada.

De acordo com o artigo 1724 do código civil, se for comprovado que entre o casal homoafetivo sempre existiu respeito, lealdade e assistência mútua é possível, pelo menos judicialmente, a declaração de união estável.

As partes devem comprovar que vivem como se fossem casados, passando uma nítida sensação de família conjugal, organizada nos moldes de casamento tradicional.

O artigo 226 da Constituição Federal, garante a inclusão, abrangendo todas as formas de convivência existentes na sociedade. É importante notar que em nenhum momento a constituição veda o relacionamento de pessoas do mesmo sexo.

A jurisprudência brasileira tem buscado cada vez mais tampar as lacunas existentes, atribuindo efeito às relações entre essas pessoas. Ignorar essa realidade seria como negar direitos às minorias, o que se torna incompatível com o Estado democrático. Se essas pessoas trabalham, pagam impostos, contribuem para o progresso do país, é inconcebível negar-lhes direitos que são assegurados a todos, em razão de suas orientações sexuais.

7.3 Jurisprudência:

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277:

“Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. ” (DISTRITO FEDERAL, Tribunal Federal, ADI 4277, Relator: Min. Ayres Britto, 2011)

8 UNIÃO HOMOSSEXUAL NO DIREITO ESTRANGEIRO

Alguns países europeus, como a Dinamarca, Suécia, Noruega e Islândia de tradição mais liberadora, que já se libertaram de dogmas religiosos, foram pioneiros a adotar uma legislação reconhecendo as uniões homossexuais.

Na Dinamarca, desde 1986 foram concedidos alguns direitos patrimoniais às uniões civis homossexuais, que foram legalizadas em 1989.

Na Holanda, existem alguns municípios que possibilitam o registro de uniões homossexuais.

Nos Estados Unidos, o casamento homoafetivo foi um dos principais temas da campanha presidencial de 1996. Bill Clinton foi considerado o presidente mais favorável aos direitos dos homossexuais na história americana.

Desse modo pode-se reparar que o Brasil é um dos poucos que ainda não contem uma lei aprovada que amplie os direitos das relações do mesmo sexo.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal, no que diz respeito aos direitos e as garantias fundamentais, tem como propósito garantir um mínimo de dignidade para as pessoas, exigindo um mínimo de respeito.

Embora estejam regulados e definidos legalmente, os direitos garantidos a união estável, a lei ainda não consegue acompanhar os constantes

avanços no que diz respeito a constituição familiar, cabendo ao legislador apenas o uso de analogias e jurisprudências para resolver os casos que dizem respeito à homossexualidade.

Vejo que ainda é cedo para concluir certamente esse assunto que hoje é tão amplo e complicado, mas posso ter a certeza de que a conversão da união estável em casamento homoafetivo, é um assunto que ainda irá demorar para ser aceito tanto judicialmente quanto no meio social. Mas fica claro que existe hoje maior aceitação e evolução nos seus direitos, se comparado a alguns anos atrás.

Por fim, podemos ver que os homossexuais são pessoas como qualquer outra, que possuem deveres tanto para com o Estado como para com a sociedade, por isso devem também ter seus direitos garantidos, independentemente da escolha que fizeram para a sua vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
REALE, Miguel. **Código Civil**. Brasília: Senado, 2002.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: LTr, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011
MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo: LTr, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4º edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DISTRITO FEDERAL, Tribunal Federal, o Tribunal conheceu da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as

preliminares, por votação unânime. Em seguida, o Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. ADI 4277. Relator: Min. Ayres Britto. 05 de maio de 2011. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284277%2E%2E+OU+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nhyfjic> Acesso: 13/08/2015 às 21:11

FERREIRA, Ruy Barbosa Marinho. **A proteção das relações homoafetivas nos tribunais**. 1º edição. São Paulo: Anhanguera editora jurídica.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família, as Famílias em perspectiva Constitucional**. São Paulo. Saraiva, 2011, volume 6.

GERBASE, Ana Brúsolo. **Relações Homoafetivas: direitos & conquistas**. São Paulo: EDIPRO, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013.

SZNICK, Valdir. **Adoção: direito de família, guarda de menores, tutela, pátrio poder, adoção internacional**. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 1999
TARTUCCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. 8º ed. São Paulo. Ed. Método, 2013, volume V.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2008.