

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

O sistema jurídico nacional esteia-se em princípios constitucionais que informam a igualdade de direitos das pessoas com a expressa vedação de tratamentos discriminatórios em razão de raça, idade, sexo e outras diferenças naturais.

A questão diz com o tratamento de certas classes consideradas num conceito de minorias, como sucede, em paralelo, com determinados segmentos sociais aparentemente desprotegidos, mas que devem receber, por respeito à dignidade das pessoas, por solidariedade humana e enfoque igualitário (princípios fundantes dos direitos da pessoa humana, previstos nos artigos 1º, inciso III, e 5º, da Constituição Federal brasileira), o mesmo tratamento receptivo que o ordenamento estabelece para as categorias majoritárias.

Sobre a orientação de cunho sexual, lembre-se o verso do escritor inglês Lord Alfred Bruce Douglas, ao final do século XIX, definindo a união dos iguais como “*o amor que não ousa dizer seu nome*”. Ele foi amante do respeitado e conhecido escritor Oscar Wilde. Esse comportamento era caracterizado como crime, tanto que Wilde veio a ser condenado por sodomia, tal a repulsa do Estado e da sociedade da época ao seu comportamento pessoal tido como desviante da normalidade.

A esse propósito, cumpre anotar quanto evoluiu o trato social na esfera do direito familiar, desde a consagração da igualdade dos filhos sem distinção de sua origem, abolida a preconceituosa classificação dos “legítimos” e dos “ilegítimos”, até a extensão dos direitos protetivos à união estável, como espécie de família paralela ao casamento.

Diante da previsão constitucional de união estável restrita a homem e mulher, com igual referência à diversidade de sexos no artigo 1.723 do Código Civil, resta em aberto no plano jurídico a proteção cabível às pessoas do mesmo gênero que mantenham entre si união afetiva.

Desse contexto, e tendo em vista que não existe vedação normativa, surge o reclamo de direitos aos parceiros da união homossexual, melhor definida, como se mencionou, como “união homoafetiva”, expressão idealizada para afastar o antigo sentido discriminatório, por indicação pioneira da ex-desembargadora do

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, advogada e autora Maria Berenice Dias.¹

Para a proteção jurídico-familiar dessa forma de relacionamento afetivo, o argumento é de que devem ser observados os princípios constitucionais de respeito à dignidade das pessoas e de igualdade no tratamento, de modo a repelir discriminações odiosas e afrontantes à liberdade de agir do ser humano em sede de prática amorosa e sexual.

Demais disso, nessa mesma linha de raciocínio, a Constituição Federal, ao alinhar as modalidades de família dignas de proteção jurídica, não afasta outras formas de união com a mesma finalidade da vida em comum e com propósitos de sua realização pessoal, à moda familiar.

A matéria vem sendo debatida em sede doutrinária, assim como no âmbito da construção legislativa, com projetos de sua regulamentação em trâmite no congresso nacional. Nesse sentido, o PL 2285, de 2007, chamado "Estatuto das Famílias", em trâmite na Câmara Federal, assenta que a unidade familiar pode ser composta não só pelo casamento e pela união estável como por outras formas de comunhão de vida afetiva, incluindo os relacionamentos estáveis entre pessoas do mesmo gênero, com atribuição de efeitos pessoais e familiares aos seus parcípeps.

No campo jurisprudencial, despontam julgamentos diversos e de variada espécie, a começar pelo reconhecimento de direitos previdenciários da união homoafetiva, pelo enquadramento da dependência em relação ao segurado. Foi como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 395904-RS, 6ª. T., rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 06.02.2006, com a seguinte ementa:

"Direito Previdenciário. Pensão por morte. Relacionamento homoafetivo. Possibilidade de concessão do benefício".

O julgado funda-se na disposição do art. 16, § 3º, da Lei n. 8.213/91, assentando que o legislador "*pretendeu, em verdade, aligizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da*

¹ A Dra. Maria Berenice é notável militante do direito das famílias e doutrinadora de vanguarda. Atua no Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, como sua vice-presidente. Foi Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Atualmente é advogada, escritora e palestrante. Assina importantes obras jurídicas, dentre outras: *União homoafetiva - o preconceito & a justiça*, 4ª. Ed., Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009; *Manual do Direito das Famílias*, 4ª. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

relação homoafetiva”.

Aliás, o próprio Instituto Nacional de Seguridade Social, tratando da matéria, regulou, pela Instrução Normativa n. 25, de 07.06.2000, os procedimentos para concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para cumprir determinação judicial proferida em ação civil pública.²

De igual forma, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na Resolução 39/2007, ao dispor sobre o reconhecimento de dependente econômico de servidor para fins de concessão de benefícios, considera como tais, ao lado do cônjuge, do companheiro, dos filhos, dos pais, dos portadores de necessidades especiais, também, o “companheiro de união homoafetiva”.

Sob outro aspecto, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro havia julgado extinto processo com pedido de reconhecimento de união estável de um brasileiro e um canadense, ao argumento de que não havia previsão legal para a matéria. O Superior Tribunal de Justiça reformou essa decisão, no REsp 820.475-RJ, 4ª. T., rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, por maioria, DJ de 06.10.2008, com provimento do recurso para afastar a alegação de impossibilidade jurídica do pedido e para que a apreciação do mérito se desse no juízo de origem. Ressaltou, o julgado, a necessidade de se interpretar analogicamente as disposições do Código Civil relativas à união estável, por não haver no ordenamento jurídico vedação explícita para o ajuizamento da demanda proposta. Embora sem adentrar no mérito, a Turma Julgadora de certa forma adiantou-se ao proclamar a trilha a ser observada na sentença:

“Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador”.

Assinala Maria Berenice Dias (antes citada), em seus escritos e em julgado de que participou no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que “a homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família”, porquanto “a união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos” (Ap. Cível 70009550070, 7ª. Câm. Cível do TJRS, j. em 17.11.2004).

² Proc. n. 2000.71.00.009347-0, da 3ª. vara previdenciária de Porto Alegre, RS.

Por esse ângulo de visão, agora fazendo paralelo com a sociedade familiar, foi levado ao Judiciário um rumoroso caso de impedimento eleitoral de candidata ao cargo de Prefeito num município do Estado do Pará, por ser parceira homossexual da prefeita local. O Tribunal Superior Eleitoral, julgando o REsp n. 24.564, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, cassou a candidatura por entender que era caso de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal (que menciona hipóteses de parentes ou cônjuge do titular do cargo em disputa).

Essa restrição de direito eleitoral, declarada pelo Judiciário em face de união de pessoas do mesmo sexo leva à conclusão lógica de que possam ser igualmente postulados os direitos dessas pessoas no mesmo relacionamento afetivo.

Em hipótese similar, com enfoque para a integração social em entidade particular, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro declarou procedente uma ação para inclusão de dependente em união homoafetiva, para admissão no Clube Paiçandu, situado no Rio de Janeiro. A recusa da entidade se baseava na falta de previsão do Estatuto, mas o Tribunal assentou que não podia haver discriminação ao sócio homossexual, assim ordenando atender à pretensão, sob pena de pagamento de multa diária pelo clube (20ª. Câmara Cível, AP. n. 2009.001.18469).

Por igual, notícia publicada na *internet*, site WWW.SERVIDORPUBLICO.NET/NOTICIAS: a Associação dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo, advertida e multada pela secretaria estadual da justiça e da defesa da cidadania por negar a inclusão de um parceiro homossexual nos quadros associativos da entidade, terá de incluí-lo como dependente de um servidor com os mesmos direitos e prerrogativas conferidas aos dependentes de casais heterossexuais (decisão é da 14ª Vara Cível de São Paulo, sujeita a apelação). Consta que, “antes de o caso chegar à justiça, a associação fora punida, administrativamente, com pena de advertência e depois com multa no valor de R\$ 14,8 mil por homofobia. Na ocasião, o presidente da comissão processante da secretaria da justiça, Felipe Castells Manubens, entendeu que a discriminação ou o preconceito referente à orientação sexual do indivíduo contraria a ordem legal e atenta contra a igualdade e a dignidade das uniões homoafetivas.”

Em mais alta esfera, o Supremo Tribunal Federal enfrentou alegação de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei n. 9.278/96, na

sua definição de união estável restrita a homem e mulher. Foi na medida cautelar n. 3.300-DF, que foi tida como prejudicada em vista da derrogação daquela norma legal pelo disposto no art. 1.723 do Código Civil, que não fora objeto de impugnação no processo em tela.

Não obstante o não conhecimento da ação, o relator, Min. Celso de Mello deixa assente, em sua decisão monocrática, tratar-se de questão "relevantíssima". Citando doutrina e jurisprudência a respeito do assunto, o eminente Julgador assevera a "*necessidade de se discutir o tema das uniões homoafetivas, inclusive para efeito de sua subsunção ao conceito de entidade familiar*", apontando que a matéria que poderia ser ventilada em sede de eventual arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Arrematando, o r. *decisum* coloca ênfase na indicação dos rumos a serem seguidos pelo direito hodierno diante dos novos desafios nessa análise temática:

"Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas".

Essa importante nota programática, parte dos fundamentos da r. decisão do insigne Ministro Celso de Melo, revela o direcionamento possível na evolução da jurisprudência a respeito da matéria versada e de outras relacionadas ao conceito de entidade familiar em mais ampla concepção.

Por tudo se conclui que os pontos distintivos das uniões de cunho afetivo-familiar, em especial a união estável, conquanto não haja previsão legal específica ou estatutária de determinada instituição particular, abona a tutela jurídica ao ente familiar no seu mais alargado conceito, de modo atender com efetividade aos anseios de garantia do bem-estar da comunidade social que se instale a partir do relacionamento humano.

É preciso levar em consideração a notável mudança dos paradigmas da vida em sociedade, como proclamou, de certa feita, o eminente Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, acentuando que "repudia-se a aplicação meramente formal de normas quando elas não

guardam sintonia com a pujante realidade da sociedade contemporânea”.³

Vale dizer que a união homoafetiva não está contemplada na legislação civil, mas tampouco se acha vedada na esfera da proteção de direitos humanos. Projetos de lei, nesse sentido, acompanhando a evolução doutrinária, jurisprudencial e administrativa de concessão de benefícios ao companheiro afetivo, apontam o viés de proteção a essa forma de relacionamento humano, dentro de princípios de respeito à vida privada das pessoas e de seu tratamento respeitoso, digno e igualitário.

São Paulo, março de 2010
Euclides de Oliveira - Advogado

³ Trecho de fundamentação em acórdão publicado na RT 743/227.