

UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mônica Alves Ferreira

E-mail: monica-sjp@hotmail.com

Defensora Pública do Estado do Ceará com atuação no Núcleo de Petição Inicial em Juazeiro do Norte-Ce, bem como no Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Paraíso em Juazeiro do Norte/CE – NPJ-FAP.

Antônio Robson Alves Ferreira

Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC.

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal, em 05 de maio de 2011, a despeito de decisões anteriores dos Tribunais Inferiores e juízos de primeiro grau atribuiu igualdade de condições e aplicabilidade das regras de direito civil às relações homoafetivas. Ao reconhecer na ADPF 132 e na ADI 4277 a união homoafetiva como entidade familiar, a Corte Suprema declarou que da união formada por pessoas do mesmo sexo decorrem todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher, consagrada no art. 226, § 3º da Constituição Brasileira e no art. 1.723 do Código Civil. O presente artigo busca analisar o fundamento das duas ações, o julgamento, os efeitos da decisão do STF bem como os efeitos da equiparação da união homoafetiva à união estável, especialmente a adoção conjunta.

Palavras-chave: União homoafetiva. União estável. Equiparação. Direitos civis. Adoção conjunta.

INTRODUÇÃO

A família, ao longo dos séculos, passou por profundas mudanças, tanto em seu conceito, quanto na sua formação. As grandes transformações ocorreram no século XX. Neste período, surgem diversas formas de organização da família: diferentes uniões com filhos distintos; casais homossexuais adotando filhos legalmente; família composta só por genitor ou genitora; avós criando netos; casais com filhos ou parceiros independentes ou mesmo cada um vivendo com uma das famílias de origem.

O marco na evolução do conceito de família foi a Constituição Federal de 1988, que constituiu como traço de família a afeição mútua.

A ideia de família está alicerçada modernamente no princípio *eudemonista*, que é a busca da felicidade, a supremacia do amor e da solidariedade como único meio eficaz de reconhecer o afeto para definição da família e de preservação da vida com dignidade (DIAS, 2008, p. 54).

Neste contexto, a luta dos homossexuais pela igualdade de condições e aplicabilidade dos seus direitos. Aos poucos, as relações homoafetivas tinham reconhecidos alguns direitos nos tribunais inferiores e nos juízos de 1º grau, tais como dependência econômica, partilha de bens, direitos hereditários, bem como a possibilidade de adoção conjunta. Entretanto, tais decisões cingiam-se ao âmbito *inter partes*.

O Superior Tribunal de Justiça, a partir do ano de 2008, deu passos significativos buscando suprir a lacuna legislativa quanto à efetivação de direitos civis às relações homoafetivas.

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃOHOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO [...] O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. [...] A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito [...] (Resp 820.475/RJ, Rel. Ministro Antônio De Pádua Ribeiro, Rel. p/

Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/09/2008, DJe 06/10/2008).

Já no ano de 2010, o STJ reforça o seu entendimento de garantia de direitos às uniões homoafetivas. Entretanto, havia divergência entre as Turmas de Julgamento daquele Tribunal. Alguns Ministros reconheceram a união entre pessoas do mesmo sexo como sociedade de fato, outros como união estável. Nesse sentido, dois acórdãos:

EMENTA: CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. SOCIEDADE DE FATO. PARTILHA. PATRIMÔNIO AMEALHADO POR ESFORÇO COMUM. PROVA.

1. Esta Corte Superior, sob a ótica do direito das obrigações (art. 1.363 do CC/1916) e da evolução jurisprudencial consolidada na Súmula n.º 380/STF, firmou entendimento, por ocasião do julgamento do REsp n.º 148.897/MG, no sentido da possibilidade de ser reconhecida sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, exigindo, para tanto, a demonstração do esforço comum para aquisição do patrimônio a ser partilhado. 2. A repartição dos bens, sob tal premissa, deve acontecer na proporção da contribuição pessoal, direta e efetiva de cada um dos integrantes da dita sociedade. 3. "A aplicação dos efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável a situação jurídica dessemelhante, viola texto expresso de lei, máxime quando os pedidos formulados limitaram-se ao reconhecimento e dissolução de sociedade de fato" (REsp n.º 773.136/RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJU de 13/11/2006). 4. Recurso especial provido. (REsp 633713 / RS, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 02/02/2011).

EMENTA: DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. BENEFÍCIOS. COMPLEMENTAÇÃO POST MORTEM. UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS. EMPREGO DE ANALOGIA PARA SUPRIR LACUNA LEGISLATIVA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO INEQUIVOCA DA PRESENÇA DOS ELEMENTOS ESSENCIAIS À CARACTERIZAÇÃO DA UNIAO ESTAVLE, COM A EVIDENTE EXCEÇÃO DE DIVERSIDADE DE SEXOS. IGUALDADE DE CONDIÇÕES ENTRE BENEFICIÁRIOS. [...] Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos. [...] Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ. [...] (REsp 1026981 / RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 04/02/2010, DJe 23/02/2010).

Somente em 05 de maio de 2011, através do julgamento conjunto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, na qual o Supremo Tribunal Federal

reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, nos moldes das uniões heterossexuais, com efeitos vinculantes.

OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA ADPF 132 E DAADI 4277

Duas ações foram julgadas simultaneamente, por terem a questão de direito idêntica: possibilidade de reconhecimento da união entre pessoas de mesmo sexo equiparada à união estável.

A ADPF 132 fora ajuizada em fevereiro de 2008 pelo Governador do Rio de Janeiro. A ação tem como fundamento os princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Busca a ação que o Código Civil e que o Estatuto dos Servidores Civis do Estado não façam qualquer discriminação entre casais heterossexuais e homossexuais no que diz respeito ao reconhecimento legal da união estável.

O autor da ADPF 132 argumenta, ainda, pelo reconhecimento da união entre casais heterossexuais como entidade familiar a realidade do judiciário com inúmeras sentenças conflitantes, situação esta que contraria o princípio constitucional da segurança jurídica.

Para fundamentar a propositura da ação pelo governo do Estado, alega interesse ante a existência, naquela unidade da federação, de grande número de servidores que são parte em uniões homoafetivas estáveis, ao afirmar que "Diante disso, colocam-se para o governador e para a administração pública questões relevantes relativas às normas sobre licenças por motivo de doença de pessoa da família ou para acompanhamento de cônjuge, bem como sobre previdência e assistência social".

A ADI nº 4.277 foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República em julho de 2009. A ação busca "declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre o homem e a mulher" e "declarar que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo".

Nos dois processos busca-se o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo tomando por fundamento jurídico a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade, direitos fundamentais insertos na Constituição Federal de 1988.

Nas palavras de MAGALHÃES (2000, p. 90), tem-se a dimensão do princípio em relação aos Direitos Fundamentais:

O princípio da igualdade jurídica é, como vimos, o alicerce dos direitos individuais, que os transforma de direitos de privilegiados em direitos de todos os seres humanos; entretanto, a igualdade jurídica não fundamenta só os direitos individuais, mas todos os direitos humanos.

A DECISÃO

Bastavam apenas seis votos para o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entretanto, por unanimidade, os dez Ministros votantes (excluído apenas o voto do Ministro Dias Tóffoli por ter atuado no processo quando era da Advocacia-Geral da União), manifestaram-se pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconhecendo a união estável para casais do mesmo sexo como entidade familiar, aplicando-se a esta união familiar a mesma regra do regime concernente à união estável entre homem e mulher, estabelecida no art. 1.723 do Código Civil brasileiro.

Alguns Ministros votaram dando como fundamento a interpretação conforme à Constituição, de acordo com o pedido formulado nas petições iniciais de ambas as ações. Outros divergiram ao reconhecer que a união entre pessoas do mesmo sexo não poderia ser considerada união estável homoafetiva, mas deveria ser considerada união homoafetiva estável. Reconheceu-se que a união homoafetiva como entidade familiar apresenta constitucionalidade com base nos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais podem ser definidos, de forma resumida, como garantias de equilíbrio das relações entre cidadãos e Estado, bem como entre cidadãos.

ALEXY (2007) adverte que é necessário que tais direitos sejam passíveis de proteção pelo Direito e que a sua carência seja tão fundamental que a necessidade de sua proteção se deixe fundamentar pelo Direito. Os direitos fundamentais são aqueles provenientes dos denominados enunciados normativos de direito fundamental inseridos no texto constitucional vigente.

Para GUERRA (2003 p.83), os direitos fundamentais, como categoria jurídica dotada de contornos próprios, nasceram no constitucionalismo do século XX. Para o referido autor:

[...] Boa parte dos valores e exigências que têm como conteúdo são há muito reivindicados pelo humanismo e incorporados à cultura jurídica. O que caracteriza os direitos fundamentais, como uma nova categoria jurídica, é, precisamente, a força jurídica reconhecida a tais valores. Em outras palavras, é o regime jurídico a que se acham submetidos os direitos fundamentais o *novum* que os identifica como uma categoria jurídica específica.

Visando a proteção dos direitos fundamentais e assegurar-lhes efetividade, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que esses direitos disponham de aplicabilidade imediata, bem como de limitação material ao poder de reforma da Constituição, consignado no inciso IV do §4º do art. 60, doutrinariamente denominado de cláusulas pétreas.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio pronunciou-se pelo reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Segue trecho do seu pensamento:

[...] As garantias de liberdade religiosa e do Estado laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual [...] se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal.

EFEITOS DA DECISÃO

A decisão proferida pelo STF tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, nos termos do artigo 102, § 2º da Constituição Federal, *in verbis*:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Significa que as decisões definitivas de mérito em sede de ação direta de inconstitucionalidade produzem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, não apenas aos órgãos do Poder Judiciário, mas, também, à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Portanto, não só o Poder Judiciário tem de aplicar, obrigatoriamente, a decisão proferida pelo STF, mas também toda a Administração Pública, direta e indireta.

Nesse diapasão, para que a união estável homoafetiva seja aplicada não necessita de normatização, até porque a união estável está positivada no artigo 226, § 3º da Constituição Federal.

Assim, basta que os casais homossexuais cumpram os mesmos requisitos da união estável entre homem e mulher, para restar configurada a união estável homoafetiva, quais sejam: *convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família* (art. 1.723 do Código Civil).

DIREITOS DECORRENTES DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR.

Do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar decorrem para os interessados os mesmos direitos inerentes à união estável, dentre os quais podemos citar: pensão alimentícia, regime da comunhão parcial de bens, habilitação como dependente perante instituto de previdência, registro em cartório das uniões homoafetivas, dentre outras possibilidades.

O reconhecimento da união homoafetiva pelo STF permite aos casais homossexuais a pensão alimentícia, a adoção conjunta, a herança, a ter um dos companheiros como dependente em seguros e planos de saúde, bem como o estabelecimento da divisão dos bens em caso de separação, bem como outros direitos concedidos à união estável de casais heterossexuais.

Embora tenha o reconhecimento dos direitos acima mencionados, a decisão não reconheceu o casamento homossexual. Em razão disso, não é

possível a mudança do estado civil e a alteração do sobrenome do companheiro.

POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

O regramento jurídico anterior à lei 12.010/09 e a própria lei 12.010/2009, atual regramento jurídico que disciplina a adoção tanto de crianças e adolescentes quanto de adultos, não faz referência à adoção por casais homossexuais, nem para permitir, tampouco para vedar de forma expressa.

Diante da lacuna legislativa, duas correntes se formaram na doutrina.

A primeira, enfrentada por Luciano Alves Rossato, não aceita adoção por casal homoafetivo, tal posicionamento tem como fundamento o artigo 226, § 3º, CF (afirmando que este dispositivo só reconhece como União Estável aquela constituída por homem e mulher) e no art. 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) com a nova redação dada pela Lei 12.010/2009 (que estabelece que é requisito para a adoção conjunta, que os ADOTANTES SEJAM CASADOS CIVILMENTE ou mantenham UNIÃO ESTÁVEL, comprovada a estabilidade da família)

Com a decisão do STF no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, tal posicionamento cai por terra, visto que, fora reconhecida, como união estável a união entre pessoas do mesmo sexo, exatamente dando interpretação conforme ao dispositivo constitucional.

A segunda corrente, encabeçada por Maria Berenice Dias, afirma que pessoas do mesmo sexo podem constituir uma entidade familiar. Basta ver o art. 226, § 3º, CF, cujo é norma de proteção e não de exclusão. Os parágrafos do art. 226 apenas exemplificam o que é família, não limitando as famílias àquele rol ali previsto. Como a lei 12.010/2009 inovou ao estabelecer no art. 42, § 4º que a adoção conjunta pode ser requerida por ex-companheiros, alguns autores veem nesta alteração a possibilidade da adoção por pessoas do mesmo sexo, já que não exige a formalização de uma união pelo casamento ou pela união estável ainda em curso, para que se possa reconhecer a possibilidade de adoção bilateral.

Até mesmo antes da Lei 12.010/2009, a professora Maria Berenice Dias já sustentava a possibilidade de adoção por pessoas do mesmo sexo, que ela chama de ADOÇÃO HOMOPARENTAL. Para fundamentar seu

posicionamento, a Desembargadora do TJ/RS argumenta que: “a exigência para o deferimento para adoção é que esta apresente reais vantagens para o adotado e se fundamente em motivos legítimos (art. 43, ECA); o conceito aberto de família substituta (art. 28, ECA) não impede que duas pessoas adotem, independente da identidade sexual; a lei de registros públicos não obsta que no registro indique como genitores duas pessoas do mesmo sexo”.

Como já relatado alhures, a decisão do STF só veio corroborar as decisões de tribunais inferiores e juízos de 1º grau, que já reconheciam a possibilidade de adoção por pessoas do mesmo sexo.

CONCLUSÃO

Embora sobre fundamentos diversos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em seus votos, reconheceram às uniões homoafetivas como entidade familiar, devendo a tais uniões serem estendidos as mesmas regras jurídicas das uniões heterossexuais.

ABSTRACT

The Supreme Court on May 5 this year, has turned into reality the struggle of homosexuals for equal conditions and applicability of rules of civil law relations homoafetivas. By recognizing the ADPF 132 and ADI 4277 homo marriage as a family unit, the Supreme Court held that the union formed by same-sex derive all rights and obligations emanating from the stable union between a man and woman, enshrined in art. 226, § 3º of the Brazilian Constitution and in art. 1723 Civil Code. This article seeks to examine the merits of the two actions, the trial, the effects of the decision of the STF and the effects of assimilation of homo marriage and stable relationships, especially the joint adoption.

Keywords: Homo marriage. Stable. Assimilation, Marriage. Civil rights. Joint adoption.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CHAVES, Marianna. *União homoafetiva*: breves notas após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2896, 6 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19274>>. Acesso em: 8 jun. 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

FIGUEIRÊDO, Luiz; Carlos de Barros. *Adoção para homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2010.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JÚNIOR, Enézio de Deus Silva. *A possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

MAGALHÃES, Bruno Barata. *A vigência imediata da união estável homoafetiva. Efeito vinculante da ADI nº 4.277 exclui a obrigação de normatização*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2896, 6 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19269>>. Acesso em: 8 jun. 2011.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Tomo I, Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.