



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR

FACULDADE DE DIREITO

JULIANA DOS SANTOS ALMEIDA

CASAMENTO, UNIÃO HOMOAFETIVA E DEVERES MATRIMONIAIS

Salvador - BA
2018



JULIANA DOS SANTOS ALMEIDA

CASAMENTO, UNIÃO HOMOAFETIVA E DEVERES MATRIMONIAIS

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Graduação em direito da UCSAL- Universidade Católica do Salvador para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Camilo de Lelis Colani
Barbosa

Salvador - BA
2018

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradecer a Deus por ter saúde e ter dados forças para continuar nessa luta diária. Agradecer também aos nossos familiares pelo apoio e a oportunidade de estarmos nesse âmbito educacional.

Ao meu professor e orientador, Camilo Colani, por seu apoio e inspiração no amadurecimento dos meus conhecimentos e conceitos que me levou a execução e conclusão deste trabalho.

A todos os professores que contribuíram e transmitiram seus conhecimentos incentivando na busca dos nossos ideais.

“Precisamos dar um sentido humano às nossas construções. E, quando o amor ao dinheiro, ao sucesso nos estiver deixando cegos, saibamos fazer pausas para olhar os lírios do campo e as aves do céu.”

Érico Veríssimo

LISTA DE SIGLAS

aC- antes de Cristo

ADPF- Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art- artigo

CC- Código Civil

CF- Constituição Federal

CNJ- Conselho Nacional de Justiça

CP- Código Penal

PL- Projeto de Lei

PT/SP- Partido do Trabalhador de São Paulo

PTB/RJ- Partido do trabalhador brasileiro do Rio de Janeiro

STF- Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. METODOLOGIA	2
3. REVISÃO BIBLIOGRAFICA	2
3.1 CASAMENTO X UNIÃO ESTÁVEL	6
3.2 UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO DIREITO COMPARADO	7
3.3 UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO DIREITO BRASILEIRO: PROJETOS DE LEI.....	8
3.4 QUESTÃO DA ADOÇÃO HOMOAFETIVA.....	10
4. ANÁLISE DA ADPF Nº 132/ 2011	10
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	12
REFERÊNCIAS	14

CASAMENTO, UNIÃO HOMOAFETIVA E DEVERES MATRIMONIAIS.

Juliana dos Santos Almeida¹

Camilo de Lelis Colani Barbosa²

Resumo

A homossexualidade constitui fato da vida, competindo, ao Estado e ao Direito, em uma sociedade democrática, assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos. O objetivo do presente estudo consiste em analisar a ADPF N°132 do Supremo Tribunal Federal à luz dos princípios do Direito de Família, apontando as suas repercussões sociais e jurídicas. O tema traz novas ponderações, ou, até mesmo, uma nova perspectiva para o Direito de Família, assim como aos direitos fundamentais envolvidos. A metodologia utilizada neste trabalho é de natureza qualitativa. Utilizou-se os procedimentos como, revisão literária, análise documental. Também foram realizadas pesquisas no banco de teses da CAPES, visando uma melhor contextualização do tema. Foram apresentados os aspectos históricos, sociais, religiosos e jurídicos do presente tema, dentre eles, a extensão da matéria atinente a união estável entre pessoas de sexo distinto a união entre pessoas do mesmo sexo, constituindo como uma das consequências a sua conversão em casamento, verificando-se neste sentido a silenciosa permissão do STF. Foi observado o conteúdo da Resolução N°175 do CNJ. A conclusão apresenta uma discussão acerca da necessidade de uma lei, que venha a regulamentar o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Palavras-Chaves: Casamento; União Homoafetiva; Deveres Matrimoniais;

Abstract

Homosexuality is a fact of life, competing with the state and the law in a democratic society to ensure the development of the personality of all individuals. The purpose of this study is to analyze the Federal Supreme Court's ADPF No. 132 in light of the principles of Family Law,

¹ Graduanda do 9º semestre do curso de Direito (UCSal). Bolsista FAPESB. E-mail: jubiana12@hotmail.com

² Orientador. Doutor em Direito (PUC-SP). Docente do PPG em Família na Sociedade Contemporânea. E-mail: colani@colani.

pointing out its social and legal repercussions. The theme brings new considerations, or even a new perspective for Family Law, as well as the fundamental rights involved. The methodology used in this work is qualitative in nature. The procedures were used as, literary review, documentary analysis. Also, research was done at the CAPES thesis bank, aiming at a better contextualization of the theme. The historical, social, religious and juridical aspects of the present theme were presented, among them, the extension of the matter related to the stable union between persons of different sex and the union between persons of the same sex, constituting as one of the consequences their conversion into marriage, with the silent permission of the Supreme Court. The content of CNJ Resolution No. 175 was observed. The conclusion presents a discussion about the need for a law that will regulate same-sex marriage.

Keywords: Marriage; Homoafetive Union; Matrimonial Duties;

1. INTRODUÇÃO

O instituto do casamento, a união homoafetiva e os deveres matrimoniais constituem temas a serem abordados no presente estudo, uma vez que a legalidade do casamento - no que diz respeito, ao regime - mais especificamente aos seus efeitos - entre pessoas do mesmo sexo tem gerado grandes debates e proporcionado diversas reflexões sobre seus aspectos históricos, sociais, religiosos e jurídicos concernentes.

A crescente demanda de processos judiciais que visam assegurar os possíveis direitos decorrentes do matrimônio, conforme consta da Resolução N° 175 do CNJ, ao aprovar a realização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, em todos os cartórios do Brasil, têm se destacado, tendo em vista a repercussão social e jurídica que o tema ganhou, por conta do preconceito, o qual encontra-se enraizado em nossa sociedade. Observa-se que existe uma carência quanto à existência de uma legislação específica que discipline a matéria, tornando-se urgente a necessidade de novos estudos que embasem a prática legislativa.

No mais, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N° 132 (ADPF 132), julgada pelo STF em 05 de maio de 2011, versa sobre duas ações propostas, as quais foram agrupadas, naturalmente, por se tratar da mesma matéria, uma delas sendo proposta, pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro e outra pela Procuradoria Geral da República, objetivando dar interpretação conforme a Constituição e determinados textos de lei, de modo a estender a matéria da união estável à união homoafetiva. A ADPF é um recurso constitucional que visa corrigir atos estatais descumpridores de preceitos fundamentais, presentes na Constituição Federal, sendo considerado referência para outras demandas judiciais conflitantes ou sem regulamentação.

Tendo em vista que o tema presente traz novas ponderações, ou, até mesmo, uma nova perspectiva para o Direito de Família, assim como aos direitos fundamentais envolvidos, entendemos ser essencial a sua discussão.

O presente trabalho visa analisar a ADPF 132 do Supremo Tribunal Federal a luz dos princípios do Direito de Família.

Pretende-se, a partir deste estudo, abordar as opiniões divergentes que circulam em torno do tema e a sua evolução histórica. Destacam-se os princípios do Direito de Família, a partir da perspectiva histórico-estrutural percorrendo relatos de histórias bíblicas, Gregas, Romanas e pelas Ordenações de Reinos Antigos.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada neste trabalho é de natureza qualitativa. Segundo Minayo (2008), os métodos quantitativos objetivam mostrar dados, indicadores e tendências observáveis, ou produzir modelos teóricos abstratos com elevada aplicabilidade prática. Utilizaram-se os procedimentos tais como: revisão literária, a partir de buscas realizadas em livros pertinentes ao tema; revisão legislativa, por meio de pesquisas realizadas em Indexadores, a exemplo do Scielo; análise documental, mais especificamente da ADPF N° 132; como também foram realizadas pesquisas no banco de teses da CAPES, visando uma melhor contextualização do tema.

3. REVISÃO BIBLIOGRAFICA

No contexto de um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Entretanto, é nítida a rejeição social à livre orientação sexual por parte da sociedade, sendo por vezes estigmatizada por se afastar dos padrões de comportamento convencionais, até porque “nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade” (BRITTO AYRES, ADPF 132, p. 20).

A possível recusa ao reconhecimento da união homoafetiva acaba por afrontar não só o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também: o princípio da liberdade, uma vez que as pessoas possuem o livre arbítrio para se orientar da forma que queiram; da segurança jurídica, por conta da atual incerteza quanto ao reconhecimento dessa união e suas consequências jurídicas; e da vedação a discriminação odiosa, vez que não devemos impor aos outros princípios e valores pessoais, entre outros princípios.

Não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas, nem à inconstitucionalidade ou à ilegalidade no estabelecimento dessas uniões. O Ministro Ayres Britto pondera que (2011, p.11):

A homossexualidade constitui fato da vida [...] que não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros. Cabendo lembrar que o papel do Estado e do Direito em uma sociedade democrática, é o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais.

Portanto, o ato da constituição da união homoafetiva existe, ocorre, gera efeitos juridicamente relevantes, mercedores de tratamento jurídico. No entanto, antes de trazer

maiores informações acerca do reconhecimento da união homoafetiva e das suas consequências jurídicas, comparação com a união estável, a questão da adoção por esses casais e etc., faz-se necessário uma breve digressão histórica em torno do tema subjacente à presente discussão.

Não se sabe exatamente quando surgiu a homossexualidade, o que se sabe é que ela sempre esteve presente na sociedade ao decorrer da história. Logo, não surgiu recentemente e repentinamente, estando presentes nas mais distintas culturas e civilizações (Maria Berenice Dias, 2000).

Nesse sentido entende a doutrina, nos dizeres de Dias (2000, p.23):

A homossexualidade é tão antiga como a heterossexualidade. É um fenômeno que sempre existiu, e em toda parte, desde as origens da história humana. É diversamente interpretada e explicada, mas, apesar de não admiti-la, nenhuma sociedade jamais a ignorou. A prática homossexual acompanha a história da humanidade e, se nunca foi aceita, sempre foi tolerada.

Na Grécia Antiga a prática de sexo entre homens era comum. Dava-se dentro das convenções culturais próprias. Considerando que a mulher não ocupava papel relevante nesta sociedade, não tendo ela nenhuma “base” para educar seus filhos homens, e por esta razão, conforme os padrões tradicionais gregos, quando a criança entrava na adolescência, a sua família escolhia um homem mais velho (tutores) o qual estaria responsável pela educação do garoto (aprendiz), sendo, portanto, o seu educador e amigo, e neste processo de aprendizado o aprendiz se submetia como uma mulher a essa relação. Os tutores eram aqueles que, na relação sexual, penetravam seus discípulos, uma vez que estes estavam num plano inferior da sociedade. Essa prática estava ligada à passagem do saber, da pedagogia do filósofo, como também estava relacionada à prática de cultivar o belo.

Em Roma, apesar de muitos autores afirmarem que haviam semelhanças com a Grécia - sendo as práticas sexuais as mesmas-, o que não era de um todo verdadeiro, as coisas eram diferentes, uma vez que não era aceito esse tipo de relação entre um mais velho e um jovem, principalmente no início do Império Romano, sendo esse tipo de relação homossexual punida com multa. Contudo, as uniões entre romanos e escravos eram permitidas, não havendo restrições. No entanto, essas relações sexuais mudaram completamente de sentido, no fim do Império Romano em 533 a.C, com o rei Justiniano, o qual passou a punir a homossexualidade com a fogueira e a castração, alegando que a prática homossexual não era um ato aceito por Deus.

Se partirmos da análise acerca da Legislação Reinol que foi imposta ao Brasil por Portugal e observarmos as punições cominadas no Livro V das Ordenações do Reino, como também o modo compulsivo que esse estatuto régio prodigalizava a pena de morte, constataremos a maneira cruel com que as autoridades da Coroa perseguiram os homossexuais. Essas Ordenações do Reino – as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603) - marcadas por evidente hostilidade aos atos de sodomia, cominaram sanções gravíssimas, incluindo a pena de morte, aos autores das práticas sexuais tidas como “desviante”. As Ordenações Afonsinas, caracteriza-se pelo implemento da pena capital, como forma de punição aos sodomitas. Ao passo que, as Ordenações Manuelinas além de manter a fogueira como forma de punição, equiparou o crime de sodomia ao de “lesa-majestade”, ou seja, quem praticasse um ato de sodomia sofreria as mesmas sanções de quem traísse o rei. Além disso, condenou seus filhos e descendentes a infâmia, não podendo desta forma ocupar cargos públicos. Incitou também a delação, concebendo recompensas aqueles que “denunciasse” essa prática, como também puniu aquelas pessoas que mesmo tendo o conhecimento do pecado/crime não delatasse, tendo dessa forma os seus bens confiscados pela Coroa, e seria expulso dos reinos portugueses. As regras valiam também para a sodomia feminina. Com a introdução da técnica da tortura, como uma das formas de extrair confissões dos sodomitas, o qual ratificava qualquer confissão, inclusive falsa, pelo simples ‘medo da dor’. Já as Ordenações Filipinas, confirmaram pena capital aos sodomitas, como também o confisco de bens, a infâmia aos seus descendentes, da mesma maneira que aqueles que cometessem o crime de lesa-majestade. Os delatores teriam direito a metade da fazenda do culpado. Caso este não tivesse fazenda, a Coroa lhe concedia uma quantia ou forma de recompensa, punindo da mesma forma que as Ordenações Manuelinas aqueles que tivessem conhecimento do pecado/crime e se omitissem.

Com o processo de expansão colonial lusitana, intensificou-se a perseguição contra os homossexuais, vez que o Rei D. Sebastião estava preocupado com as relações homossexuais estabelecidas entre os portugueses e os povos conquistados, o que proporcionou o aditamento da Lei sobre o pecado de Sodomia.

Na fase de nosso processo histórico, vê-se que a Igreja também empregou tratamento rigoroso as práticas homossexuais, reprimindo e punindo severamente tais atos, inclusive em nosso país, como registrado através da atuação do Santo Ofício. As punições empregadas tinham por finalidade, espalhar o terror, a coerção e o medo, para que esses atos de sodomias

fossem “bloqueados” em seu interior. Todos os culpados seriam queimados e feitos por fogo em pó, seus bens confiscados para a coroa e seus descendentes tidos como infames e inábeis.

Faz-se, no entanto, importante mencionar a origem da palavra sodomia, que provem da história bíblica da destruição de Sodoma e Gomorra, que se encontra no livro de Genesis versículos dezesseis ao capítulo dezenove versículos vinte e nove (Gn. 18.16 – 19.29). Segundo a bíblia, Deus anuncia a Abraão a destruição das cidades de Sodoma e Gomorra, por conta dos usos e costumes do local, que eram contrários aos ensinamentos do próprio Deus. Entretanto Abraão, em conversa com Deus, pede clemência por aqueles que seguem os seus ensinamentos, inclusive seu sobrinho Ló, e sua família que até então habitavam na cidade de Sodoma. Deus então mandou dois anjos- mensageiros com o intuito de salvar aqueles que estavam conforme os seus ensinamentos. Os anjos foram recebidos por Ló, mas acabaram sendo “procurados” pelos homens da cidade, desde os mais novos aos mais velhos, para que pudessem praticar o costume da cidade (práticas homossexuais). No entanto, o anfitrião Ló, para evitar aquele abuso para com os mensageiros enviados por Deus, ofereceu suas duas filhas virgens. Para a Bíblia, devido a esse pecado grave, veio o juízo de Deus por meio de terremoto e uma erupção vulcânica, causando uma chuva de enxofre e fogo, destruindo as cidades de Sodoma e Gomorra, sendo salvos apenas e tão somente aqueles que andavam no caminho do senhor e que, portanto, não praticavam atos homossexuais. Desta forma, há quem diga que as práticas homossexuais são reprovadas pelo próprio Deus.

A questão da homossexualidade ao longo da história foi tratada da forma mais cruel possível, com a imposição de sanções severas aplicadas pelo Poder público com tratamentos normativos impregnados de preconceito e discriminação, o que infelizmente se mantêm até os dias atuais. Como exemplo, podemos citar a legislação especial que tipifica como crime militar a prática de relações homossexuais no âmbito das organizações castrenses (CPM, art. 235), o que tem, inclusive, levado alguns autores a sustentar a inconstitucionalidade material do referido artigo. Desta forma, essa linha do tempo nos mostra que a homossexualidade faz parte da história da humanidade, e que ela sempre recebeu tratamento preconceituoso e excludente, “que tem sido dispensado à vivência homoerótica em nosso país” (dizeres do Ministro Celso de Melo, 2011). Isso mostra que os homossexuais têm o direito de receber igual proteção do ordenamento jurídico brasileiro, mostrando-se inaceitável qualquer conduta contrária que venha a punir, excluir ou até mesmo discriminar. É chegada a hora de reconhecer o direito e garantias dessa “minorias”, que se constitui de grande importância para a sociedade.

De acordo com a jurista Maria Berenice Dias, a nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (art.1º, inc. III) consagra o respeito à dignidade da pessoa humana. Ainda, de acordo com a autora, é necessário encarar a realidade sem discriminação, pois a homoafetividade não é uma doença. São cada vez mais frequentes decisões judiciais que atribuem consequências jurídicas a essas relações. Como ainda o tema é permeado de preconceitos, Berenice acentua a predominância da tendência jurisprudencial de visualizar tais vínculos como mera sociedade de fato.

Em opinião diversa, a própria Berenice cita Rainer Czakowski, que acentua, sob fundamento da teoria clássica do direito e seus princípios liberais assevera, que “por mais estável que seja, a união sexual entre pessoas do mesmo sexo – que morem juntas ou não – jamais se caracteriza como entidade familiar. A não configuração de família, nestes casos, é resultante não de uma análise sobre a realização afetiva e psicológica dos parceiros, mas sim da constatação de que duas pessoas do mesmo sexo, não formam um núcleo de procriação humana e de educação de futuros cidadãos”.

3.1 CASAMENTO X UNIÃO ESTÁVEL

O legislador não traz qualquer definição nem tenta conceituar o que seja família ou casamento (limitando-se apenas a estabelecer seus requisitos). Casamento tanto significa o ato de celebração do matrimônio como o da relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão de vidas, ou comunhão de afetos.

O casamento é regido basicamente por três princípios, quais sejam respectivamente: a) liberdade de união (decorre da livre manifestação de vontade dos parceiros); b) monogamia (em nosso ordenamento não é aceitável a existência de dois ou mais relacionamentos matrimoniais, sendo caso de impedimento com o posterior reconhecimento de nulidade do casamento e ainda considerado crime contra a família - art. 235 do CP) e c) comunhão de vida (segundo o qual a essência do casamento consiste na união de duas pessoas com ideais parecidos e direcionados ao convívio feliz e duradouro). Quanto as suas características, nós temos que o casamento é ato pessoal, solene, a sua legislação é de ordem pública, de união exclusiva.

O casamento admite duas modalidades, o civil e o religioso com efeitos civis, mas somente uma lei regula o instituto, qual seja: o código civil. Quanto aos impedimentos, estes

podem ser absolutos ou relativos (também chamados de causas suspensivas). A não observância das causas impeditivas causará a nulidade do casamento. Já a não observância das causas suspensivas poderá acarretar sanções civis aos desobedientes – art. 1.641, I e art. 1.489, ambos do CC – no entanto não tem o condão de invalidar o ato.

Da mesma forma que o casamento, o legislador não traz o conceito de união estável, deixando a sua definição a cargo da doutrina. O conceito de União Estável deve acompanhar as transformações sociais e culturais da sociedade. A lei não imprime à união estável contornos precisos, limitando-se a elencar suas características (CC art. 1.723), quais sejam: convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família (também denominado de “animus familiar”), servindo tais requisitos como meio de comprovar a existência do relacionamento. Estando, desta forma voltada em identificar a relação pela presença de elementos de ordem objetiva, ainda que o essencial seja a existência de vínculo de afetividade, ou seja, o desejo de constituir família.

O art. 1723, § 1º, do CC traz as hipóteses em que a união estável é vedada, ou seja, nas mesmas hipóteses em que é vedado o casamento, é proibida a união estável. Em comum com o casamento há a obrigação de guarda, sustento e educação dos filhos. Ainda, na união estável não há necessidade de que o casal conviva sob o mesmo teto, conforme a interpretação legal.

Quanto a possibilidade da conversão em casamento, a CF em seu art. 226 §3º, recomenda que a lei “facilite”, a conversão da união estável em casamento. Mas o Código Civil deixou de obedecer dita recomendação.

3.2 UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO DIREITO COMPARADO

Faz-se necessário mencionar, no presente trabalho, a maneira pela qual os demais países tratam a união homoafetiva, como também, valer-se da experiência estrangeira para se atestar o grau de complexidade desta discussão. E ainda, evidenciar que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo é assunto complexo, que gera diversas discussões e reflexões nos países que o adotaram, não apenas antes da edição da norma regulamentadora, mas também após sua entrada em vigor.

Dados indicam que em cerca de 76 (setenta e seis) países do mundo a homossexualidade é penalmente reprimida. Estão inseridos nesta listagem Jamaica, Angola, Nepal, e grande parte dos países muçulmanos. Ressalta-se que, em Iêmen, Irã, Arábia Saudita, Mauritània e Sudão, as relações sexuais entre homens são, inclusive, punidas com pena de morte.

A tendência mundial é, entretanto, a crescente afirmação dos direitos das uniões homoafetivas. Na Europa, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, ainda que não tenha reconhecido nenhuma espécie de direito para casais do mesmo sexo, já indicou que parâmetros para sua aceitação devem ser desenvolvidos nos Estados europeus. A União Europeia também incentiva que seus Estados-membros editem normas de proteção a esses direitos. Vale mencionar ainda a Declaração sobre orientação Sexual e Identidade de Gênero da Organização das Nações Unidas, a qual é apoiada pelo Brasil. ADPF

Como é notório, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo pode receber, normativamente, a mesma proteção concedida ao casamento tradicional ou ser assemelhado ao que, no Brasil, denomina-se união estável. No primeiro caso –equiparação ao casamento– poucos países adotaram esse posicionamento, a exemplo da Holanda (primeiro país a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em 2001), Bélgica (2003), África do Sul (2006) e Argentina (2010).

Já no segundo caso –equiparação a união estável –, podemos mencionar as “parcerias civis” (na Inglaterra), bem como as “parcerias registradas” (países da Escandinávia), as “parcerias domésticas (Estados Unidos e alguns países da Europa). O primeiro país a reconhecer a união homoafetiva, foi a Dinamarca, no ano de 1989, ao permitir o registro de parcerias civis.

A união homoafetiva também é tratada com detalhes pela legislação da Alemanha, país em que, desde 2001 vigora a “parceria civil homossexual”. A lei alemã estabelece as condições para a união civil entre casais do mesmo sexo e elenca direitos e deveres existentes entre os companheiros da união homossexual, como a possibilidade de adotarem o mesmo sobrenome, o direito à herança e a assistência ao filho do companheiro morto. Prevê, também, que parceiros homossexuais não podem adotar, mas institui que, caso um companheiro adote uma criança, o outro devesse consentir. Ainda faz referência ao casamento tradicional, indicando que em algumas questões é válido o estabelecido pelo Código Civil Alemão na parte referente ao matrimônio – por exemplo, no tocante ao regime de bens.

3.3 UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO DIREITO BRASILEIRO: PROJETOS DE LEI

Com o advento da Constituição Federal de 1988, diversos projetos de lei e propostas de emendas constitucionais foram apresentados sobre o referido tema. Entre essas diversas proposições legislativas, algumas foram arquivadas e outras tantas continuam em tramitação.

O Projeto de Lei n.1.151/1995, foi um dos primeiros projetos que visava regulamentar a união civil entre pessoas do mesmo sexo, o qual foi apresentado pela Deputada Marta Suplicy (PT/SP), com vistas especialmente à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão, à equiparação ao cônjuge do companheiro ou companheira de mesmo sexo que comprove a união estável como entidade familiar, entre outros direitos.

O Deputado Roberto Jefferson (PTB/RJ) apresentou Substitutivo global ao Projeto de Lei n.1.151/1995, por meio do qual se transformou a união em contrato de parceria civil, que também deveria ser registrada, sem poder, contudo, ser reconhecida na ausência do devido registro civil. Esse Substitutivo mantinha boa parte da regulamentação anterior, trazendo, no entanto, algumas modificações, a exemplo, a proibição de adoção, entre outras. Sendo posteriormente, arquivado, por conta dos ataques sofrido na Câmara dos Deputados.

Também em 1995, a Deputada Marta Suplicy capitaneou a apresentação de Proposta de Emenda à Constituição (PEC n.139/1995), que alterava os artigos 3º e 7º da Constituição, para, respectivamente, incluir, entre os objetivos de **promover o bem de todos sem preconceitos, a liberdade de orientação sexual, e proibir a diferenciação** salarial, de exercício de funções e critérios de admissão **por motivo de orientação sexual**. Essa PEC foi arquivada em 1999.

Em 2003, o então Senador Sérgio Cabral foi autor de proposta de Emenda à Constituição n.70, por meio da qual se propugnou a alteração do § 3º do art.226 da Constituição para nele incluir-se a possibilidade de reconhecimento da união estável entre casais homossexuais como entidade familiar. Em 2006, o próprio autor retirou a proposta. Sobre matérias conexas foram apresentados alguns projetos de lei, a exemplo, a PL n. 2.383/2003 (trata de estender os planos e seguros privados de assistência à saúde às pessoas em união homoafetiva); PL n. 6.297/2005 (visa a incluir na situação jurídica de dependente, para fins previdenciários, o companheiro ou a companheira homossexual do segurado ou segurada do INSS, bem como os companheiros ou companheiras de servidores públicos da União – projeto que está em tramitação); PL n. 4508/2008 (visa à proibição de adoção de filhos por parte de homossexuais- em tramitação); PL n. 7.018/2010 (cujo objeto é a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente para vedar a adoção de crianças por casais do mesmo sexo); PL n. 4.914/2009 (acrescenta o art. 1.727-A ao Código Civil para aplicar às uniões homoafetivas o regramento das uniões estáveis ordinárias, excetuando-se a conversão em casamento), este projeto foi apensado ao PL n. 580/2007, a, e ambos foram desarquivados.

Como inicialmente ressaltado, esse levantamento é ilustrativo e não traz a intenção de analisar exaustivamente as posições sobre a matéria da união homoafetiva. Entretanto, podemos perceber através desta análise, que apesar de o Poder Legislativo debruçar-se sobre o tema há mais de 15 anos, ainda carece de maior regulamentação a respeito.

3.4 QUESTÃO DA ADOÇÃO HOMOAfetiva

Quanto a mencionada adoção, realizada por casais do mesmo sexo, faz-se de extrema importância aludir que, de acordo com o estudo realizado, pelo Professor Mark Regnerus, da Universidade do Texas, revela que filhos adultos de “pais” homossexuais experimentam consequências sociais, econômicas e emocionais vastamente mais negativas do que crianças criadas dentro de famílias biológicas intactas. O abrangente estudo de Regnerus, examina aproximadamente 3.000 filhos adultos de oito diferentes estruturas de família e os avalia dentro de 40 categorias sociais e emocionais. O estudo revela que, as crianças que permanecem com famílias biológicas intactas tinham educação melhor, experimentavam maior saúde mental e física, menos experiências com drogas, menos atividade criminosa e relataram no total níveis mais elevados de felicidade.

4. ANÁLISE DA ADPF Nº 132/ 2011

Foi apresentada e recebida pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, inicialmente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF Nº 132, convertida posteriormente em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 –, objetivando conferir “interpretação conforme a Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil, como também, fazer com que, a Suprema Corte declarasse como obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união homoafetiva como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a configuração da união estável entre homem e mulher, e que os mesmos deveres e direitos originários da união estável fossem estendidos aos companheiros nas uniões homoafetivas.

Tal pedido encontra assento na própria CF, decorrendo assim, dos princípios: da Igualdade; da Liberdade; da Dignidade da Pessoa Humana, da Segurança Jurídica; da Razoabilidade ou Proporcionalidade; da Vedação a discriminação odiosa.

Todos os 10 Ministros, que votaram no julgamento desta ADPF, manifestaram-se pela sua procedência, conferindo reconhecimento a união homoafetiva como entidade familiar e aplicando à mesma, o regime concernente à união estável entre homem e mulher, regulada pelo art. 1723 do Código Civil brasileiro.

No entanto, faz-se de extrema importância destacar o voto do Ministro relator, Carlos Ayres Britto, vez que este serviu como base para os demais votos, que se seguiram neste julgamento. De pronto o Ministro relator, conhece da ADPF nº 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade, como também declarou sua postura pela procedência da ação, dando ao art. 1.723 do CC interpretação conforme a Constituição Federal, para que dele possa excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida como sinônimo perfeito de família, reconhecimento este que deve ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva, alegando que não se deve fazer uso a constituição para “matar seu espírito”, partindo da premissa, de que, não se deve fazer uma interpretação jurídica reducionista, vez que seria o modo mais eficaz de tornar a CF ineficaz.

O Ministro Carlos Ayres Brito ao analisar o art. 226 do CC, parte do pressuposto que, a família constitui a base da sociedade, e que o “casamento não constitui mais a única forma de família legítima, bem como a idéia de que a nossa CF não faz a menor diferenciação entre família formalmente constituída e aquela existente às rés dos fatos“. Nas palavras do Ministros: “... a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou com a realidade do mundo do ser”. Conclui-se que, o primeiro passo para a isonomia entre heteroafetivos e pares homoafetivos é justamente, concede-los o direito de constituir família. Oportuno asseverar que, o sexo das pessoas, salvo expressa disposição em contrário, não se presta como fator de desigualdade jurídica, e que o tratamento discriminatório –que é expressamente vedado pela Constituição- intentado por parte da sociedade ou pelo próprio Estado afronta o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”.

Alguns votos seguiram no sentido de que, realmente se deve conferir uma interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do CC vigente. Também se apontou, que a constitucionalidade da união homoafetiva possuía sustento nos direitos fundamentais, como por exemplo, foi o voto do Ministro Luiz Fux, o qual sustenta que, a não equiparação “violaria direito fundamental inerente a personalidade dos indivíduos que vivem sob orientação sexual minoritária” (FUX, Luiz, APDF 132), os quais merecem proteção do Estado. Sendo assim, o mesmo afirma que a homossexualidade é um fato da vida, uma orientação sexual e não uma opção sexual, como também afirma que um indivíduo é homossexual simplesmente porque o é, não existindo razão especial que justifique a sua escolha, bem como ocorre com uma pessoa

heterossexual. Por fim, os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida.

Não existe no direito brasileiro vedação às uniões homoafetivas. Bem como o mesmo afirma que nada distingue do ponto de vista ontológico, as uniões estáveis, heteroafetivas das uniões homoafetivas. Assim, como os companheiros heterossexuais, companheiros homossexuais ligam-se e apoiam-se emocional e financeiramente. Argumentou-se também no sentido de existir uma lacuna legislativa, a qual deveria ser suprida por meio de analogia, com o instituto mais aproximado: a união estável e, por fim, restou entendimento de que se deveria aplicar extensivamente o regime jurídico da união estável.

Outros votos, entretanto, divergiram apontando que a união entre pessoas do mesmo sexo não poderia ser considerada união estável homoafetiva, mas, deveria ser considerada união homoafetiva estável. Quanto a própria fundamentação do acórdão, temos que “os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cesar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Não obstante, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar.

Desta forma, mediante as vastas fundamentações, os Ministros do Supremo Tribunal Federal acabam por reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como família, lhe concedendo reconhecimento legal como união estável, e conseqüentemente os direitos e deveres dela decorrentes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No entanto, tendo em vista às dúvidas acerca da legitimação social deste casamento, penso que seja necessário a existência de uma lei que venha a regulamentar esta situação, pois a grande questão reside justamente na falta desta lei. Emergindo, assim, o seguinte questionamento: Por que aqui no Brasil não se aprovou por lei o casamento entre pessoas do mesmo sexo? Talvez seja, porque, provavelmente há uma resistência no Congresso Nacional, quanto a isso, o que se mostra na verdade como um reflexo do pensamento da nossa própria sociedade. Vários países fizeram plebiscito, a exemplo da Irlanda (a qual recentemente editou um plebiscito, que foi aprovado) e se a gente fizesse um plebiscito também? E se fosse reprovado?

Vale lembrar acerca, da existência da Resolução Nº175 do CNJ, segundo a qual, os juízes dos cartórios de todo o Brasil não poderão recusar-se a celebrar casamentos civis de casais do mesmo sexo ou deixar de converter em casamento a união estável homoafetiva. Caso algum cartório não cumpra a Resolução do CNJ, o casal interessado poderá levar o caso ao conhecimento do juiz corregedor competente para que ele determine o cumprimento da medida. Além disso, poderá ser aberto processo administrativo contra a autoridade que se negar a celebrar ou converter a união estável homoafetiva em casamento.

Pensa-se que é duvidosa essa questão da legitimação da resolução, parece preocupante, o fato de uma resolução administrativa, de um órgão administrativo ter tanta força, maior até que o da própria lei. Sem contar, que se constitui em uma violência contra os magistrados, os quais, por esta resolução estão obrigados, a realizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. E desta forma, lhes pergunto: Onde está a lei? E o princípio da Legalidade? Segundo a nossa própria CF, em seu art. 5º, inciso II, “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”. Então se um juiz se recusar, a celebrar o casamento, ele deverá ser punido?

Embora se concorde com o posicionamento do Ministro Ayres Brito em seu brilhante voto, admite-se, que o caminho pelo qual o Brasil chegou a isso é um caminho problemático, contraditório, vez que se fala o tempo todo em democracia, em direitos de minoria, e de repente nos deparamos com uma imposição, o que de fato caracteriza esta resolução.

REFERÊNCIAS

CHAVES, Marianna. **União homoafetiva, ADPF 132 e ADI 4277: reflexos no casamento civil.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3092, 19 dez. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20672>>. Acesso em: 3 de junho. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça.** 2. ed. Ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias. 8ª Edição. Revista, atualizada e ampliada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

DIAS, Maria Berenice. **Família Modernas: (inter) secções do afeto e da lei.** Disponível em: <<http://www.berencedias.com.br/>>. In: Revista Brasileira de Direito de Família, nº 08, jan-fev-mar/2001. Acesso em: 04.10.2015.

DELLANI, Diorgenes André , **Casamento Civil X União Estável – diferenças e semelhanças.** Disponível em: <<http://diorgenes.jusbrasil.com.br/artigos/142918350/casamento-civil-x-uniao-estavel-diferencas-e-semelhancas>> Acesso em: 11 de setembro de 2015.

REGNERUS, Mark , **How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures Study.** Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0049089X12000610>. Acesso em: 15 de março de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Julgamento em conjunto da ADI 4227 / DF e da ADPF 132 / RJ - Rel. Min. Ayres Britto, DJe 14.10.2011. 2011.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 10 outubro de 2015. cc e cf

NEGRI, Lígia; BITTENCOURT, Guida Fernanda Proença; FIGUEIREDO JR, Selmo Ribeiro. **Das citações (in) diretas na discursividade do voto de Carlos Ayres Britto acerca da união homoafetiva: efeitos de sentido possíveis.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-44502015000100001&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

CHAVES, Marianna. **O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil.** Disponível em: <http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2978105/artigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>. Acesso em: 09 de novembro de 2015

DA SILVA, Carla Paranhos, **HOMOSSEXUALIDADE.** Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1226&idAreaSel=1&seeArt=yes>. Acesso em: 23 de maio de 2016.