

XVI Encontro de Iniciação à Pesquisa

Universidade de Fortaleza
17 a 21 de Outubro de 2011

ANÁLISE ACERCA DO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS À LUZ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Endrigo Suehiro Obara * (IC), Mariana Bezerra Farias Sales (IC)².

¹ Universidade Federal do Ceará – Curso de Direito. (endrigo_6@hotmail.com)

² Universidade de Fortaleza – Curso de Direito.

Palavras-chave: Homossexuais. União Estável. Família. Respeito. Igualdade.

Resumo

A sociedade encontra-se em um incessante processo de mudança e, em razão disso, as formas de pensar e de agir variam bastante ao longo do tempo. Todavia, certos aspectos éticos e morais se consolidaram, como o respeito à dignidade humana, à igualdade e à liberdade, os quais representam fundamentos da Carta Magna brasileira. Baseado nisso e na inércia do Poder Legislativo do Brasil no que tange à defesa de algumas minorias, o Supremo Tribunal Federal sumulou, em 05 de maio de 2011, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e, por consequência, aproximadamente 110 direitos, antes exclusivos dos casais heterossexuais, foram estendidos aos pares homossexuais que vivem uma relação pública, contínua, duradoura, marcada por um vínculo afetivo e por um projeto de vida em comum. Visto isso, verifica-se o comprometimento do Judiciário brasileiro com a justiça e os princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito. Conclui-se que parte da sociedade brasileira muito esperava uma decisão capaz de amenizar anos de preconceitos e de humilhações. Portanto, este trabalho busca expor alguns dos desdobramentos desse histórico veredicto do STF.

Introdução

O panorama social atual revela um visível esforço no sentido de encobrir um sistema de exclusão de minorias, as quais sofrem preconceitos e discriminações por serem, muitas vezes, consideradas “anormais” ou fora dos padrões de moralidade.

Nesse sentido, tal postura de procurar disfarçar um fato social que vai de encontro aos ditos “bons costumes” torna-se notória em um momento da história em que o chamado grupo homossexual clama por mais direitos que os protejam e os nivelem aos heterossexuais.

O termo *homossexual* possui origem etimológica grega associada ao latim, significando característica, qualidade ou atributo de um ser que tem atração física, estética e/ou emocional por outro do mesmo sexo. Nesse sentido, pode-se destacar que, ao longo da história da humanidade, tal prática sempre esteve presente, encontrando maior repúdio nas instituições religiosas, as quais enxergam essas manifestações como impróprias e errôneas, visto que se baseiam nas doutrinas teológicas que em muitos aspectos não mais se enquadram aos parâmetros atuais.

Do ponto de vista religioso, o relacionamento correto, ou seja, de acordo com os preceitos sagrados, envolve, necessariamente, um homem e uma mulher que ensejam a procriação. Portanto, diz-se que o envolvimento homoafetivo representa uma transgressão à ordem natural.

Em contraposição à visão da Igreja, o Estado brasileiro, por ser laico, mantém-se neutro e imparcial nas discussões sobre temas religiosos. Entende-se, assim, que a população está livre

para seguir os ditames da sua consciência, ou seja, tendo a autonomia para adotar princípios com os quais se coaduna e a faculdade de obedecer ou não às regras e às doutrinas que lhes são impostas por autoridades eclesiásticas.

Apesar de se buscar essa convivência harmoniosa, no decorrer da existência humana, vários foram os episódios de grande repercussão no mundo que demonstram os preconceitos sofridos pelos homossexuais, a saber: em 1521, na vigência das ordenações manuelinas, muitos homossexuais foram condenados à morte na fogueira, tiveram bens confiscados e duas gerações seguintes da sua família seriam consideradas infames; em 1876, Oscar Wilde, ao escrever o poema "O amor que não ousa dizer o seu nome", foi condenado a dois anos de prisão e a trabalho forçado; ademais, na década de 1970, um soldado americano que foi condecorado na Guerra do Vietnã assumiu a sua homossexualidade, foi expulso das forças armadas e, diante disso, disse: "Por matar dois homens, recebi uma medalha e por amar outro, fui expulso das Forças Armadas."

Cumprido, pois, destacar que, em junho do corrente ano, pela primeira vez, o Conselho de Direitos Humanos da ONU (Organização das Nações Unidas) posicionou-se contrariamente à discriminação por orientação sexual e aprovou uma resolução, segundo a qual "todos os seres humanos nascem livres e iguais no que diz respeito a sua dignidade e seus direitos e que cada um pode se beneficiar do conjunto de direitos e liberdades (...) sem nenhuma distinção".

No Brasil, essa questão ganhou destaque em razão de decisões corajosas proferidas pelo Poder Judiciário, cujo objetivo é buscar suprir algumas lacunas existentes no ordenamento jurídico, a fim de evitar que a omissão legal enseje o enriquecimento sem causa e a exacerbação do preconceito.

Neste sentido, faz-se necessário apresentar os aspectos relevantes e significativos do posicionamento da Suprema Corte brasileira no que tange à conquista, pelos homossexuais, de uma gama de direitos anteriormente exclusivos dos heterossexuais.

No que concerne a tal pronunciamento do STF, ressalta-se a postura consensual da referida Corte contra a discriminação, o que se faz presente, por exemplo, no voto do ministro relator Ayres Britto quando o mesmo afirmou "que não se separe por um parágrafo, o que a vida uniu pelo afeto". Acompanhando as palavras do relator, Cármen Lúcia defendeu que "todas as formas de preconceito merecem repúdio na sociedade democrática".

Metodologia

O presente trabalho de pesquisa requer conhecimentos em diversos ramos do Direito, a saber: Civil, Constitucional e Família. A metodologia utilizada, para a realização desta pesquisa, foi o levantamento bibliográfico de fontes nacionais, e legislações federais, tentando compreender o novo marco regulatório acerca das uniões estáveis homoafetivas. Ademais, foi realizada coleta de dados específicos em páginas especializadas na rede mundial de computadores (internet), bem como revistas jurídicas que abordam o tema em questão.

Resultados e Discussão

A sociedade adota, freqüentemente, tipos ditos ideais e paradigmas que refletem as maneiras de pensar, os valores e os costumes de cada época. Dessa forma, os indivíduos que vão de encontro aos padrões postos são, na maioria das vezes, rotulados de "anormais", ou seja, são enquadrados fora da "normalidade", da convencionalidade. Os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo parecem fugir dos estereótipos de moralidade, os quais são defendidos pelos segmentos mais conservadores. Entretanto, tal visão precisa ser revista, uma vez que a orientação sexual não pode

ser fator discriminante no meio social. Caso contrário, surgiria, em nossa sociedade plural, um sistema de exclusões que traz em seu bojo preconceitos inaceitáveis.

Em face dessa exclusão dos homossexuais, no cenário jurídico, podem-se destacar as distintas abordagens das Constituições do País no decorrer da história diante do entendimento sobre as uniões estáveis. Na Lei Maior de 1967, para haver o reconhecimento de uma união por parte do Estado e, conseqüentemente, o direito à proteção do Poder Público, era indispensável a existência do casamento, no entanto, a CF de 1988 garantiu tal amparo mesmo na ausência do matrimônio e acolheu o conceito de vínculo afetivo como pressuposto, fato que evidencia as mudanças constantes, pelas quais a sociedade está propensa. Assim, esse comprometimento mútuo serve de alicerce para os encargos, as obrigações, os direitos e as prerrogativas inerentes àqueles que compartilham uma vida afetiva.

Portanto, com base na Lei 9278/96, que regula o §3º do art.226 da Constituição Federal, o envolvimento público, duradouro e contínuo entre um homem e uma mulher com o objetivo de constituir família é entendido como entidade familiar. Todavia, considera-se que esse dispositivo propicia a interpretação de que não há uma exclusão, mas sim uma indicação conforme os ditames convencionais da sociedade brasileira.

Em face da parcela da população que não merece ser excluída em razão de sua orientação sexual, deve-se atentar que a homossexualidade tornou-se um fato social, o qual não deve ficar na invisibilidade, ensejando injustiças, agressões e preconceitos de toda ordem. Tal realidade é evidenciada ao ver-se, freqüentemente, novelas, filmes e outras representações culturais tratarem-na de forma natural. Além disso, pela primeira vez, o censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) realizado em 2010 contabilizou casais homossexuais, sendo o resultado preliminar, para muitas pessoas, surpreendente, pois se estima que existem, pelo menos, 60.000 casais gays no País. Além disso, segundo presidente do IBGE, Eduardo Pereira Nunes, esse número total pode ser ainda maior, afinal muitos homossexuais temem admitir sua condição sexual em razão da discriminação proveniente do segmento mais conservador dos brasileiros.

O preconceito contra os gays representa uma universal, histórica e indiscutível realidade social. Trata-se aqui de um fato que se impõe, estando, portanto, a merecer proteção jurídica. Todavia, o Legislativo acanha-se ao assistir essa classe minoritária e excluída do poder, pois receia perder prestígio e apoio político de certa parte da população brasileira que ainda possui visão conservadora, na medida em que põe esse fato distante dos padrões tidos como convencionais.

Contudo, a inexistência de previsão específica nos textos legais não pode ser admitida como pretexto para que não haja a prestação jurisdicional, tendo em vista a Carta Magna assegurar a todos os cidadãos direitos invioláveis, como a dignidade humana, a liberdade e a igualdade. Para solucionar tal inércia do legislador, cabe ao Judiciário responder as carências da sociedade apoiando-se em analogias, em costumes e em princípios gerais do direito, conforme o art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Com base no artigo acima mencionado, o Supremo Tribunal Federal (STF) optou por dar procedência a duas ações que objetivavam reconhecer certos direitos aos homossexuais. A primeira trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132, apresentada em 28 de fevereiro de 2008, de autoria do Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. O pedido resumia-se em aplicar analogicamente o art.1723 do Código Civil às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ademais, a ação também alega que a situação atual, com sentenças conflitantes no Estado e em todo o Brasil, contraria o princípio constitucional da segurança jurídica. A segunda foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República (PGR), em julho de 2009, solicitando

a declaração da união homoafetiva como entidade familiar, desde que atenda aos pressupostos já exigidos para os casais heterossexuais, assim como os mesmos direitos e deveres que são estendidos aos indivíduos de sexo oposto.

Diante desse cenário, o STF analisou e julgou procedentes tais ações tendo como base alguns princípios norteadores da Constituição Federal e que, de certa forma, não são respeitados quando se trata das uniões homoafetivas.

Ao longo da votação, na qual esteve ausente apenas o ministro Dias Toffoli, os outros dez presentes posicionaram-se a favor do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas. Dentre os argumentos utilizados, destaca-se o de Joaquim Barbosa que, apoiado no princípio basilar da Constituição Federal vigente, disse: “Dignidade Humana é a noção de que todos, sem exceção, têm direito a igual consideração”. Compartilhando desse pensamento, Ellen Gracie sustentou que “uma sociedade decente é uma sociedade que não humilha seus integrantes”.

Considerando a condição do Brasil de estado laico, Marco Aurélio apontou que “as garantias de liberdade religiosa e do Estado laico impedem que concepções morais e 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”. Baseando-se nisso, Celso Mello lembrou que “a República é laica e, portanto, embora respeite todas as religiões, não se pode confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou religioso”.

Sob esse prisma, cumpre ressaltar, *a priori*, a importância do princípio da liberdade do ser humano, haja vista que se trata de um pressuposto do nosso Estado Democrático.

O regime do Brasil representa, portanto, uma garantia geral do cumprimento dos direitos humanos fundamentais. Nesse sentido, sugere-se que o campo de expansão da liberdade está na democracia e, por isso, quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se liberta dos obstáculos que o constroem, ou seja, mais liberdade conquista.

O grande mestre Norberto Bobbio afirma que:

“Por liberdade positiva entende-se – na linguagem política- a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer dos outros. Essa forma de liberdade é também chamada de autodeterminação ou, ainda mais apropriadamente, de autonomia”.

Cabe salientar, também, que a extrema discriminação da qual padecem os homossexuais está propiciando a idéia errônea de que seus vínculos familiares retratam situações instáveis, pervertidas e reprováveis; fato prejudicial, pois, dentre outras razões, compromete-os, causando uma vulnerabilidade que implica na falta de autonomia e de liberdade. Além disso, é pertinente frisar que não se deve entregar a poucos agentes sociais poderes e recursos desmedidos capazes de orientar certas garantias, dificultando, assim, a existência da real democracia e da igualdade social e política, as quais devem ser o alicerce da cidadania.

Realça-se, ainda, que a CF/88 corrobora o cumprimento de garantias fundamentais, que são inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Após enunciar os princípios e objetivos basilares da República, a Carta Magna apresenta, dentre outros direitos, a liberdade e a igualdade, sem os quais não se pode sustentar a dignidade da pessoa humana, princípio veiculado no art.1º, inciso III.

No momento jurídico atual, a dignidade humana é um tema que requer bastante atenção e comprometimento por parte da sociedade, inclusive quando se aborda a questão da homossexualidade, o foco deste trabalho.

Indiscutivelmente, o objetivo principal da inserção do princípio em tela na CF foi fazer com que o ser humano seja, como bem aponta Jorge Miranda, “fundamento e fim da sociedade”, pois não os pode ser o Estado.

Ademais, Ingo Wolfgang Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana como:

“A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, tendo em vista que o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da atribuição sexual, é previsto no art. 1º, inciso III, da Lei Maior, e o Estado Democrático de Direito promete às pessoas muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, mas, também, a promoção positiva de suas liberdades.

Diante disso, interpreta-se que o respeito à orientação sexual é aspecto essencial para afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos legitimem restrições de direitos, fortalecendo convenções sociais e abdicando de um dos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Importante também destacar o princípio da igualdade, um dos primeiros a ser reconhecido como direito humano fundamental. Dessa forma, é assegurado um tratamento isonômico e uma proteção igualitária a todas as pessoas no âmbito social, conforme se pode constatar, por exemplo, logo no preâmbulo da Constituição Federal, que aponta “*o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)*”.

Ainda no que tange ao princípio acima, o art.5º da Carta Magna proclama que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Ademais, conforme o art.3º, IV, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil está: “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”.

É indiscutível a ausência de razoabilidade no que concerne aos impedimentos direcionados aos homossexuais os quais buscam efetivar direitos fundamentais já tão admitidos aos heterossexuais, como o de ter sua liberdade sexual e suas uniões respeitadas.

Verifica-se, também, a relevância do reconhecimento da união estável pelo Supremo, uma vez que se trata de uma realidade inegável, afinal as ideologias das camadas conservadoras devem juridicamente perder importância em face da Lei Maior de um Estado laico e democrático de Direito, como o Brasil.

Ocorre que o STF utilizou-se de analogias para estender o conceito de união estável aos casais gays e, por consequência, concedeu cerca de 110 direitos, que antes eram exclusivos de casais heterossexuais, aos pares homossexuais que atendem aos mesmos requisitos de união estável. Dentre os ganhos, ressaltam-se o recebimento de pensão alimentícia, a aquisição de herança pelo companheiro no caso de morte, a inclusão do parceiro como dependente no plano de saúde e a possibilidade de declaração conjunta no Imposto de Renda. Destaca-se, ainda, o fato de o Judiciário ter se adiantado ao Legislativo e sumulado uma questão que se encontra inerte nas

bancadas do Congresso Nacional. Diante desse quadro, vale frisar que todos ministros presentes compartilharam da idéia de Gilmar Mendes que em seu discurso afirmou: “a nossa omissão implicaria no agravamento da desproteção das minorias discriminadas”.

Ainda acerca do assunto, vale lembrar o pensamento de Konrad Hesse segundo o qual “o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da ‘realidade’ de cuja ordenação se trata”. Logo, justifica-se a histórica decisão do Supremo para alavancar como entidade familiar as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo.

Conclusão

Em face do exposto, nota-se a indiscutível presença de indivíduos homossexuais na conjuntura atual, fato que fomenta inúmeras discussões acerca do reconhecimento, principalmente, de direitos civis, previdenciários e sucessórios, até então exclusivos aos heterossexuais. Para tanto, torna-se essencial a revisão de princípios, valores e dogmas, a fim de desvincular veredictos judiciais de opiniões e entendimentos de cunho puramente subjetivo.

Igualmente relevante é enxergar em uma sociedade dita aberta, pluralista, solidária, justa e democrática uma convivência harmoniosa entre seus membros, livre de qualquer discriminação e preconceito. Nesse sentido, cabe citar que vivenciar uma situação não prevista legalmente não implica em uma vida á margem de proteção e segurança estatal, logo os homossexuais possuem direitos e obrigações tal como qualquer cidadão brasileiro.

Baseando-se nisso, o Poder Judiciário do País não temeu ir de encontro a toda uma cultura conservadora apegada a conceitos sacralizados e cumpriu com o seu dever de fazer justiça, ao inserir no âmbito do Direito de Família as relações homoafetivas como entidades familiares.

Diante desse pensamento, a Justiça deve estar atenta á realidade que a circunda e ao clamor daqueles que nela acreditam.

Por fim, é pertinente avaliar a necessidade de uma postura correta e sensível dos magistrados frente a situações específicas que requerem, em razão de sua natureza, maior atenção aos princípios de justiça e humanidade, haja vista a busca por uma sociedade fraterna e feliz.

Referências

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais**. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Agradecimentos

Este trabalho foi possível graças ao incentivo, apoio e orientação da Dra. Tarin Cristino Frota Mont'Alverne.