

**PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CIVIL/PROCESSUAL CIVIL**

**PROFESSORA: ELISÂNGELA PADILHA**

***E-mail*: padilha.lm@gmail.com**

**DESDOBRAMENTOS CIVIS, PREVIDENCIÁRIOS E SUCESSÓRIOS DA UNIÃO HOMOAFETIVA. UNIÃO POLIAFETIVA. QUESTÕES JURISPRUDENCIAIS**

**OURINHOS-SP**

**2014**

“O afeto merece ser visto como uma realidade digna de tutela”. (Maria Berenice Dias)

**1. MATRIZES HISTÓRICAS**

O retrato da família mudou e a lista dos múltiplos arranjos familiares é extensa. Aquela composição familiar hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e, necessariamente, heterossexual, assistiu à gradual preponderância da afetividade, do respeito, da solidariedade e da liberdade, como elementos na sua composição.

É imprescindível a compreensão da dinâmica e da complexidade das modificações sociais perpetradas pelo avanço tecnológico, científico e cultural a fim de abrir espaço para esses novos arranjos familiares que são suscetíveis às influências dessa nova sociedade.

Os laços familiares, que antes eram formados apenas por critérios patrimoniais e biológicos, hoje, têm como elemento identificador o amor, o afeto, a solidariedade.

**2. UMA BREVE VISÃO GLOBAL**

Crime e castigo.

A polêmica que envolve o reconhecimento da união homoafetiva estende-se a todos os países do mundo. Dependendo do grau de desenvolvimento social e cultural de cada país, essas pessoas recebem um tratamento mais ou menos rigoroso, ou seja, as posturas são diferenciadas.

Nos países que alcançam um nível mais alto de desenvolvimento econômico e cultural, existe um compromisso maior em promover a integração e assegurar a proteção a esses segmentos mais vulneráveis.

**3. QUESTÕES TERMINOLÓGICAS**

*Homossexualismo*;

*Homossexualidade*;

*Opção sexual*;

*Orientação sexual;*

*Homoafetividade*.

**4. PANORAMA LOCAL**

**4.1 A FAMÍLIA HOMOAFETIVA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A Constituição Federal identifica como objetivo principal da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem *preconceito de sexo*. Também proíbe qualquer discriminação no tocante a salário, exercício de funções e critérios de admissão *por motivo de sexo*. No entanto, não há qualquer referência quanto à discriminação por *orientação sexual*.

De outro lado, ao conceder especial proteção à *família*, não a define.

Para Maria Berenice Dias, a Constituição Federal também silencia sobre as uniões homoafetivas, omissão, que não significa que elas não merecem reconhecimento como entidade familiar (2014, 85).

**4.2 A FAMÍLIA HOMOAFETIVA E O CÓDIGO CIVIL**

O Código Civil regulamenta fartamente o casamento, dedicando-lhe mais de uma centena de artigos.

Já a união estável entre um homem e uma mulher, além da referência constitucional, está disciplinada, de forma acanhada, em escassos quatro artigos. As questões sucessórias têm previsão limitada a um único dispositivo.

Nenhuma disposição traz a lei civil sobre as uniões homoafetivas.

Impositivo reconhecer que não há vedação expressa no Código Civil acerca do matrimônio de parceiros do mesmo sexo.

**4.3 A FAMÍLIA HOMOAFETIVA E A LEI MARIA DA PENHA**

A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006)[[1]](#footnote-1), que visa coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher, pela primeira vez define família: “qualquer relação íntima de afeto”. E, de modo expresso, enlaça neste conceito as uniões homoafetivas.

Sendo assim, a Lei Maria da Penha ampliou o conceito de família, alcançando as uniões homoafetivas.

**4.4 AS CONQUISTAS NO JUDICIÁRIO**

É no âmbito do Poder Judiciário que as mudanças são mais significativas. Foi a justiça gaúcha que, pela primeira vez, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, como uma sociedade de afeto, embora, durante muitos anos tenham sido identificadas como meras sociedades de fato[[2]](#footnote-2).

**4.4.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**a) O julgamento da ADI 4.277 e ADPF 132:** oSTF provou que é o guardião dos princípios constitucionais. Mesmo quando a lei é omissa, o Judiciário não deve deixar de exercer o seu papel de fazer justiça. Afinal, a sociedade não pode ser submetida à tirania do Legislativo, quando alguns parlamentares querem impor suas ideologias deixando de cumprir com o seu dever de garantir a inclusão de todas as pessoas no panorama jurídico sem disfarçar posturas homofóbicas e discriminatórias.

No dia 5 de maio de 2011, o STF reconheceu, de forma unânime, a aplicação analógica das normas da união estável heterossexual para a união estável homoafetiva.

De modo que, ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, o STF exerceu com coragem, sensibilidade e sabedoria o encargo que lhe é conferido pela CF de preencher as lacunas no sistema legal. Não simplesmente se acomodou em face da inexistência de regra explícita. Leu o art. 226, §3⁰ da CF/88 de forma sistemática com os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da segurança jurídica para dele afastar uma interpretação discriminatória relativamente à união homoafetiva. Também atribuiu ao art. 1.723 do Código Civil interpretação que impedisse o reconhecimento da união pública, contínua e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, mediante as mesmas regras e requisitos impostos à união estável homoafetiva.

**b) Eficácia contra todos e efeito vinculante:** a partir da decisão do STF, ninguém pode desobedecer ao teor do julgamento proferido. Nem o Poder Judiciário e nem qualquer autoridade pública, de qualquer das instâncias do poder. Como se tratou de julgamento de mérito proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade, a decisão produz eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal[[3]](#footnote-3).

**c) requisitos para o reconhecimento da união estável homoafetiva:** exige-se o preenchimento dos mesmos requisitos para se constituir a união estável heterossexual, ou seja, a convivência pública, duradoura e contínua com o objetivo de constituir família, conforme o art. 1.723 do Código Civil, que foi amplamente discutido pelo STF nesse julgamento histórico.

**5 DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA**

**6 FILIAÇÃO E HOMOPARENTALIDADE**

Como a sociedade é *heterossexista*, ou seja, marcada predominantemente pela heterossexualidade, é enorme a resistência em admitir a *filiação homoparental*: direito à paternidade a pares homossexuais.

A parentalidade homossexual é o tema que mais divide opiniões, mesmo entre os que preconizam o reconhecimento das uniões homoafetivas. Parece que parceiros do mesmo sexo podem amar, podem ser uma família, só não podem realizar o sonho de serem pais.

**6.1 ADOÇÃO**

dano potencial futuro (?):

ausência de referências comportamentais de ambos os sexos (?):

prejuízos de ordem psicológica (?):

tendência a se tornarem homossexuais (?):

dignidade da pessoa humana:

paternidade responsável:

princípio do melhor interesse da criança:

adoção unilateral, adoção conjunta, habilitação conjunta:

**6.2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

O Conselho Federal de Medicina regulamentou pela primeira vez as práticas de reprodução assistida (no ano de 1992) fazendo expressa referência a “homem e mulher”.

No entanto, em 2013, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 2.013/2013 de 16 de abril de 2013, permitiu o uso das técnicas de reprodução assistida para relacionamentos homoafetivos:

Resolução CFM n. 2.013/2013: “CONSIDERANDO que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5.5.2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132)”.

**6.3 SEQUELAS QUE INEXISTEM**

Apesar dos debates calorosos acerca do tema, o fato é que não existe nenhum estudo, nenhuma pesquisa que comprove a ocorrência de distúrbios ou desvios de conduta pelo fato de alguém ter dois pais ou duas mães. Qualquer restrição, qualquer comentário neste sentido não passa de puro preconceito.

**ausência de referencias de ambos os sexos (?)**:

***bullying* (?)**:

É importante lembrar que todas as crianças maltratadas, vítimas de abuso sexual, espancamentos e que hoje se encontram institucionalizadas ou nas ruas, foram vítimas de suas próprias famílias biológicas e, muito provavelmente, formadas por casais heterossexuais. Ou seja, uma família onde existe amor entre os pais, independente da orientação sexual, é muito mais benéfica do que uma família dita “convencional”, onde os pais não têm amor entre eles ou, pior, não têm bom relacionamento com os filhos.

Aliás, parece que ninguém questiona sobre o preconceito de que são vítimas as crianças que vivem abrigadas, sem um lar, sem pais. Não serão também vítimas de *bulling* ao revelar que vivem em abrigos?

**7 DIREITOS, DEVERES E OBRIGAÇÕES**

Declarar que a união homoafetiva é uma estrutura familiar é incluí-las nas proteções especiais do microssistema do Direito de Famílias. Consequentemente, significa reconhecer o direito a alimentos; à adoção; à sucessão hereditária legítima e assim por diante.

**7.1 CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA EM CASAMENTO**

**Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**: por meio da Resolução n. 175/2013, o CNJ proibiu a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

**7.2 DIVÓRCIO**

Ao ser assegurado aos homossexuais acesso ao casamento, dispõem eles das mesmas prerrogativas para a obtenção do divórcio. Havendo concordância dos cônjuges, o divórcio pode ser extrajudicial, desde que não tenham filhos menores ou incapazes.

**7.3 DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL**

A jurisprudência avançou de modo significativo tão significativo que o Supremo Tribunal Federal equiparou a união homossexual à heterossexual, concedendo-lhe os mesmos direitos e obrigações. Assim, não se pode mais falar em dissolução de *sociedade de fato*, mas em *dissolução de união homoafetiva*. A partilha de bens deve basear-se nas regras que regem a união estável e o casamento. Desaparece, assim, a regulamentação da dissolução da união entre pessoas do mesmo sexo como se houvesse uma simples sociedade de fato, pautada apenas em aspectos econômicos, e entra em seu lugar o reconhecimento de que se trata de um vínculo próprio do Direito das Famílias e, por essa razão, deve ser dissolvido de acordo com as regras desse ramo do Direito.

**7.4 PARTILHA DE BENS**

Mesmas regras que regem a união estável e o casamento.

*Regime de comunhão parcial de bens*, se nada foi estipulado mediante contrato de convivência (art. 1.725, CC) ou pacto antenupcial (art. 1.640, CC).

**7.5 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR**

As uniões homoafetivas, embora não positivadas no ordenamento jurídico, são equiparadas à união estável, de forma a tornar exigível obrigação alimentar. Ainda que a legislação infraconstitucional não contenha expresso dispositivo sobre a prestação de alimentos entre casais homossexuais, inexiste razão para discriminar e impedir a própria sobrevivência.

A concessão dos alimentos está atrelada à comprovação da *necessidade* de quem pede e à *possibilidade* de quem irá pagar.

**7.6 DIREITO DE GUARDA E DE CONVIVÊNCIA**

Comprovada a constituição de vínculo de *filiação socioafetiva*, impositivo assegurar o direito de visita.

O fato de um dos genitores assumir *orientação homossexual* não afasta a possibilidade de ser estabelecida a guarda compartilhada.

**7.7 BEM DE FAMÍLIA**

Imperioso reconhecer como bem de família a sede da residência do casal.

**8 DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS**

**a)** **Portaria 513/2010 do Ministério da Previdência Social:** para conceder o benefício previdenciário em sede administrativa, incluindo o companheiro homossexual na primeira classe de dependentes. Apesar do caráter extrajudicial de tal provimento, esta foi a primeira normatização que contemplou vínculos homoafetivos.

**b)** **Lei n. 12.873, de 24/10/2013[[4]](#footnote-4):** esta lei cuida de uma mistura de assuntos. Segundo Maria Berenice Dias:

Lei que tratou de uma ininteligível mistura de assuntos acabou por inserir na legislação que dispõe sobre os **Planos de Benefícios da Previdência Social** dispositivo que assegura **salário-maternidade** de 120 dias, tanto ao segurado como à segurada que adotar. Ou seja, agora homens podem gozar de licença-maternidade. Apesar de a lei falar exclusivamente da **adoção**, não há como deixar de fazer **interpretação integrativa** e assegurar o mesmo direito a quem fizer uso da **reprodução assistida** (2014, p. 223).

**9 DIREITOS SUCESSÓRIOS**

O reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar não se limita à questões de ordem exclusivamente conceitual. Situar as famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo no âmbito do Direito das Famílias impõe sua inserção também no direito sucessório, de modo a assegurar ao cônjuge e ao parceiro sobrevivente o reconhecimento da condição de *herdeiro*.

*sociedade de afeto* e *sociedade de fato*:

**9.1 CONDIÇÃO DE HERDEIRO**

No âmbito do direito sucessório, enquanto a tendência sempre foi negar a entidade familiar homoafetiva, tal ensejava o afastamento de direito sucessório.

**9.2 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO**

**9.3 CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA**

**9.4 ASPECTOS PROCESSUAIS**

A partir do momento em que foi reconhecido que as uniões homoafetivas são uniões estáveis e têm acesso ao casamento, tanto o viúvo como o parceiro sobrevivente tem legitimidade para requerer a *abertura do inventário*.

**10 UNIÃO POLIAFETIVA**

Repercutiu como verdadeira afronta à moral e aos bons costumes o fato do relacionamento de um homem com duas mulheres ter sido objeto de **escritura pública[[5]](#footnote-5)**, na cidade de Tupã. Em face da estrutura monogâmica da sociedade brasileira, a bigamia é criminalizada e o casamento impõe o dever de fidelidade. Ainda que alvo do repúdio social, vínculos afetivos concomitantes nunca deixaram de existir, e em larga escala. Mas frequentes são as famílias paralelas, quando o homem mantém duas entidades familiares de forma simultânea. Quando a convivência forma uma única entidade familiar, chama-se de **união poliafetiva**, ou, mais recentemente, de **poliamor**.

Esses vínculos – quer homossexuais, quer heteroafetivos – sempre foram excluídos do sistema legal, na vã tentativa de fazê-los desaparecer. Mas condenar à invisibilidade, negar efeitos jurídicos, deixar de reconhecer sua existência é solução que privilegia o “bígamo” e pune a “concubina”, como cúmplice de um adultério. E o que a Justiça insiste em fazer: chancela o enriquecimento injustificado de quem mantém vínculos afetivos paralelos.

**11 QUESTÕES JURISPRUDENCIAIS**

**REFERÊNCIAS BILBLIOGRÁFICAS**

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105-Artigo_Luis_Roberto_Barroso_(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_das_relacoes_homoafetivas_no_Brasil).pdf>. Acesso em:12.08.2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado,1988.

CASSETARI, Christiano. Aspectos notariais e registrais do contrato de convivência homossexual. In: DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Ed. RT, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6. ed. reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_. Adoção: o prioritário direito a um lar. In: MENEZES, Joyceane de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Direito de família:** por juristas brasileiros. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_. **Homoafetividade:** o que diz a justiça! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo. Ed. RT, 2013.

\_\_\_\_. **União homossexual:** o preconceito & a justiça. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**. v. 3, coordenador Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Homossexualidade:** uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuai**s. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

TORRES, Aimberê Francisco. **Adoção nas relações homoparentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. A hermenêutica jurídica. In: DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Ed. RT, 2011.

VELOSO, Zeno. O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. **Manual de direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

1. Art. 2⁰, Lei n. 11.340/2006. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sociedade de fato: o reconhecimento da sociedade de fato ocorria tão somente para evitar que o acervo adquirido durante a vida em comum ficasse exclusivamente nas mãos do homem, pois era ele quem detinha a titularidade patrimonial. O reconhecimento de uma sociedade de fato surgiu em face da situação da mulher que se mantinha alijada do mercado de trabalho para cuidar do marido, da casa e dos filhos. Para evitar o enriquecimento injustificado é que, por tolerância jurídica, alguns direitos eram reconhecidos à mulher. [↑](#footnote-ref-2)
3. Conforme art. 102, §2⁰, CF: “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”. [↑](#footnote-ref-3)
4. **Art. 71-A.** Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias.

   § 1o  O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social.  [↑](#footnote-ref-4)
5. Escritura Pública declaratória de união poliafetiva, lavrada pela Tabeliã, no dia 13/02/2012. [↑](#footnote-ref-5)