Número 19 – julho/agosto/setembro de 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

O DIREITO DOS HOMOAFETIVOS – A União Estável e a Prestação Jurisdicional.

Prof. Luciano Ferreira Lima
Advogado, Especialista em Direito e Processo Civil, Professor de Direito Processual Civil, Membro do INEJ e Palestrante.

PALAVRAS-CHAVE: Homoafetividade, Homossexualismo, União Estável Homoafetiva, Competência, Prestação Jurisdicional.

Tratado como verdadeiro tabú durante muitos anos, a questao da homoafetividade tem levado o judiciário nacional a um exercicio diário, complexo e contínuo, de aplicação, sublimação, conjução e interpretação das normas jurídicas, frente as inegaveis modificações que se operam nos varios grupos sociais que pertencemos.

Essa complexidade decorre principalmente do amálgama afeto/patrimônio – gênese e apocalipse, respectivamente - da constituiçao das familias compostas por pessoas do mesmo sexo natural. Somando-se a isto, os valores culturais e religiosos fortemente presentes entre nós.

O termo homoafetividade deve ser empregado em reconhecimento do prestigio da relação humana de natureza sentimental, em detrimento da mera atividade sexual e patológica incorporada pelo termo homossexualismo.

Incabe a ideia de que os seres humanos recaem em duas categorias distintas e complementares: macho e fêmea; e que relações sexuais e maritais são normais somente entre pessoas de sexos diferentes.

Nossa realidade objetiva ensina que somos resultados de construções biologicas, culturais e conceituais que sofrem enormes transformações através da historia.

O confronto dessas construções com a legislação tem produzido a maturação do tema e consequentemente, nesse curso, entendimentos dispares sobre os pontos inerentes a união homoafetiva.

O primeiro, e mais antigo deles, decorre da competência para processo e julgamento dessas ações.

Jazia comum a extinção duma ação declaratoria de união estavel com base no artigo 267, VI do CPC; ou sua transformação em ação civel com o emblema de sociedade de fato – previsão do artigo 981 do código civil. Visualizava-se ali, exclusivamente o vinculo negocial com fundamento no direito das obrigações e não no direito de familia.

Ao decidir neste sentido, os juizes, cumpriam negativamente o dever legal disposto nos artigos 126 do CPC, 4.º e 5.º da LICC. Mais ainda, afastava-se, por consequencia, dos artigos 1º, III, 3º, IV, e 5º, caput da Constituição Federal e do manto protetivo dos direitos familiar e sucessório.

Com a decisão, em setembro de 2007, da Quarta Turma do STJ - analisando Resp 820.475 RJ – que declarou a competencia da vara de familia para processar e julgar as ações envolvendo união homoafetiva, varios magistrados passaram a seguir tal entendimento. Embora alguns já o fizessem.

No merito, são varias as questoes que emergem. Dentre as quais destacam-se: a) o caráter fundamental do direito personalíssimo à orientação sexual, algo que se avança com a hermenêutica das normas constitucionais; b) o caput do artigo 226 da CF que, corroborando com o pensamento do ilustre professor Paulo Luiz Netto Lobo, é clausula geral de inclusão, sendo ofensivo ao seu escopo a exclusão de qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e visibilidade social (Lobo, 1989); c) a (in)constitucionalidade do artigo 1.º da lei 9.278/96, que veio regular o § 3º do artigo 226 da Constituição, pelo que reconheco resolvida em face da superveniência do novo Código Civil, cujo art. 1.723, que ao disciplinar o tema da união estável, reproduziu, em seus aspectos essenciais, o mesmo conteúdo normativo inscrito derrogou aquela norma; d) a qualificação jurídica, como entidade familiar, das uniões homoafetivas, donde se verifica, entre outras decisões, a pioneira e corajosa a posição do TSE que, em 2004, reconheceu à união homoafetiva como fundamento para inelegibilidade consagrada no art. 14, § 7º, da Constituição Federal; e) a inexistência de normas especiais positivas, negativas ou proibitivas, aplicando-se então, à analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Ao largo da apreciação jurisdicional, varias casa legislativas estaduais e municipais tem avançado no reconhecimento e na proteção da união estavel entre homoafetivos.

Enquanto tramita na câmara dos deputados o projeto de lei n.º 1.151 de 1995, de autoria da então deputada federal Marta Suplicy, propondo a regulamentação das uniões (ou parcerias) homoafetivas; no Rio de Janeiro a

lei estadual 285/79, com os acréscimo da Lei nº 5.034/2007, preconiza a aplicação da lei nº 9.278/96 – lei da união estável – em favor dos servidores públicos que mantenham relação homoafetiva.

Os Estados do Rio Grande do Sul e Minas Gerais, entre outros, já criaram leis reconhecendo os direitos dos companheiros homoafetivos de seus servidores a pensão por morte.

Nos Estados do Mato Grosso e Sergipe a homofobia é vedada por dispositivo constitucional Estadual.

Em Minas Gerais, temos a “Lei do Beijo”, que assegura o direito que os homossexuais têm de trocar carinhos e até mesmo beijos, em lugares públicos.

No município do Rio de Janeiro vigora a lei n.º 3.344/01, que concede aos homoafetivos o direito a aposentadorias e pensões.

Dezenas de municípios brasileiros, localizados em quase todos os estados, tem leis especificas contra a homofobia.

O INSS através da Instrução Normativa n. 25/2000, estabeleceu os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual. Destaque-se que a referida IN se deu em razão de decisão judicial na Ação Civil Publica 2000.71.00.009347-0.

CONCLUSÕES

Embora pela analise dos dispositivos constitucionais fundamentais, expressos na CRFB/88; e compulsando os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da instrumentalidade e da inafastabilidade da jurisdição, temos claro o inegável direito aqui estudado. É a inexistência de oposição legal que cria espeque e fundamento ao direito vindicado.

Enquanto, por via do sistema jurídico adotado em nosso pais - o Civil Law - não se positiva taxativamente o fundamento constitucional, rogo pela sincronia deste com a Common Law, na defesa do respeito à individualidade e dignidade humanas, daqueles que mantêm relações nominadas de homossexuais, mas que, ao certo, merecem ser chamadas de uniões homoafetivas. Ainda que esta, decorra da prestação jurisdicional.

O reconhecimento social e formal da união homoafetiva é matéria fática. O reconhecimento legal ainda resiste. Mas, por pouco tempo.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

LIMA, Luciano Ferreira. O DIREITO DOS HOMOAFETIVOS – A União Estável e a Prestação Jurisdicional. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 19, julho/agosto/setembro, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.