



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS –
UNIPAC
CURSO DE DIREITO**

LEONARDO GUEDES CORRÊA

**UNIÃO ESTÁVEL
DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL EM 1988 AO
RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA**

JUIZ DE FORA - MG

2011

LEONARDO GUEDES CORRÊA

UNIÃO ESTÁVEL
DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL EM 1988 AO RECONHECIMENTO DA
UNIÃO HOMOAFETIVA

Monografia apresentada à disciplina de
Direito Civil do Curso de Direito da
Universidade Presidente Antônio Carlos
– UNIPAC como requisito parcial para
conclusão do curso.

Orientadora: Professora Maria Amélia
Costa

JUIZ DE FORA

2011

FOLHA DE APROVAÇÃO

Leonardo Guedes Louca

Aluno

União Estável - da Previsão Constitucional
em 1988 ao reconhecimento da União Homocapitiva

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Ágria Amélia da Costa

Luciana Apolônio Braga

Rogério

Aprovada em 05/07/2010.

Dedico Aos meus avós, tias, pais e irmãos,
pelo singular amor, incentivo ininterruptos e
por serem fontes de eterno apoio e inspiração.

AGRADECIMENTOS:

Agradeço primeiro a Deus, por ter suportado a árdua jornada.

Àqueles que acreditaram, sonharam e investiram mesmo no período que não acreditei.

Aos amigos que fizeram de momentos difíceis algo que parecesse fácil.

Àqueles que em muitas vezes quando gritei chega me empurraram para concluir mais essa tarefa.

**"A arte de viver
é simplesmente
a arte de conviver...
simplesmente, disse eu?
Mas como é difícil!"
Mário Quintana**

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de apresentar as mudanças sofridas na sociedade no tocante à união estável entre casais, desde seu reconhecimento pela Constituição da República em 1988 até o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, em que discutiram a cerca da equiparação da união estável entre pessoas do mesmo sexo à entidade familiar, preconizada pelo artigo 1.723 do Código Civil de 2002, que estendeu a leitura deste artigo também às uniões entre pessoas do mesmo sexo, desde que configuradas como uniões familiares. Para tanto se faz uma explanação a respeito da a Evolução História da Família, sobre os pressupostos para reconhecimento de uma união estável, uma abordagem acerca dos efeitos jurídicos que representam a união estável e, finalmente, no último capítulo, considerações a respeito da recente decisão do Supremo Tribunal Federal que passa a reconhecer a união estável homoafetiva.

Palavras-chave: Direito de Família. União Estável. Homoafetividade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA	122
3 DA UNIÃO ESTÁVEL	15
3.1 Pressupostos da união estável	16
3.1.1 União entre homem e uma mulher	17
3.1.2 Comunhão de vida e interesses	17
3.1.3 Estabilidade	18
3.1.4 Fidelidade	18
3.1.5 Notoriedade	18
3.1.6 Intenção ou affectio maritalis	19
3.1.7 Posse de Estado	19
3.1.8 Reputação e trato	20
3.1.9 Mútua assistência	211
4 UNIÃO ESTÁVEL IMPEDIMENTOS E CAUSAS SUSPENSIVAS	22
5 EFEITOS JURÍDICOS DA UNIÃO ESTÁVEL	233
5.1. Lei 8971. 29/12/1994 - Companheiros	24
5.2 Lei 9238 de 10/05/1996 - Conviventes	25
5.3 A união estável no código civil de 2002 – art. 1723	27
5.4 A união estável e seu regime de bens	30
6 DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA	31
6.1 Fundamentos jurídicos	32
6.2 Direitos adquiridos pelos casais homossexuais	35
6.2.1 Consequências	366
7 CONCLUSÃO	377
REFERÊNCIAS	388

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho fará uma abordagem histórica e conceitual da união estável a fim de tecer considerações acerca da união estável homoafetiva, tendo em vista o recente reconhecimento desta em julgamento do Supremo Tribunal Federal. O objetivo desta pesquisa é refletir sobre a importância das normas jurídicas caminharem de acordo com a sociedade uma vez que o direito não pode ignorar a existência crescente de casais homoafetivos, que vivem relações contínuas e duradouras, com intuito de constituir família. O Direito deve acompanhar a sociedade a fim de garantir que não haja discriminação, nem distinção, entre grupo, uma vez que a promoção do bem de todos sem preconceito de qualquer espécie e sem qualquer forma de discriminação é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme consagrado no artigo terceiro da Constituição.

A escolha deste tema específico se deu no decorrer do curso devido a atualidade do tema, bem como o interesse na área cível, com o objetivo de aprofundamento no estudo.

A pesquisa a ser apresentada sobre a União Estável será uma pesquisa qualitativa. Isto é, apresentar como o tema está sendo defendido, através de um estudo bibliográfico, analisando a doutrina e jurisprudência sobre o assunto.

As fontes de pesquisa a serem utilizadas serão: o Código Civil de 1916, Código Civil de 2002, a Constituição Federal de 1988, bem como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Também deverão servir como fontes de pesquisa a doutrina, jurisprudência, artigos, disponíveis tanto em meio físico quanto eletrônico.

O Código Civil de 1916 ignorou a família ilegítima, ou seja, aquela que não foi proveniente do casamento e, ainda, demonstrou uma nítida preferência pela família com valores tradicionais, com o homem exercendo a chefia da sociedade conjugal. Na há no Código de 16 qualquer esboço de proteção à uma situação de fato digna de amparo,

como é a união estável. Porém esta sempre existiu, em todos os tempos e em todas as civilizações, repercutindo necessariamente na vida jurídica. O que não acontecia era o reconhecimento da mesma, pois as pessoas que viviam no que hoje consideramos união estável eram tidas como solteiras, não gerando qualquer direito ou dever, ou seja, não existia vínculo jurídico, conforme salientado por Erika M. Fugie:

Na restrita visão do Código Civil de 1916, a finalidade essencial da família era a continuidade. Empréstava-se juridicidade apenas ao relacionamento matrimonial, afastadas quaisquer outras formas de relações afetivas. Expungia-se a filiação espúria e proibiam-se doações extraconjugais¹.

Diante disso, coube a Constituição Federal de 1988 suprir a omissão do legislador de 1916, colocando em seu artigo 226, parágrafo 3º, a proteção familiar àqueles casais que se casaram, mas conviviam como se marido e mulher fossem. Como explica Humberto Theodoro Júnior:

A Constituição de 1988 realizou enorme progresso na conceituação e tutela da família. Não aboliu o casamento como forma ideal de regulamentação, mas também não marginalizou a família natural como realidade social digna de tutela jurídica. Assim, a família que realiza a função de célula provém do casamento, como a que resulta da “união estável entre o homem e a mulher” (art. 226, §3º), assim como a que se estabelece entre “qualquer dos pais e seus descendentes”, pouco importando a existência, ou não, de casamento entre os genitores (art. 226, §4º)².

Isto possibilitou que, além de reconhecer um ao outro como companheiros, a união estável pudesse gerar também direitos e deveres, no âmbito jurídico, para estes, e, conseqüentemente, toda a necessidade de se estar consciente e sabedor da responsabilidade ao assumir uma união. Com isso, e por entender que a família é o alicerce para construir-se um país mais justo, é oportuno desenvolver sobre o tema, pois a união estável é uma realidade social.

Procurou-se no presente trabalho apresentar os aspectos relevantes dessas relações como a forma de constituição, os elementos principais que as caracterizam, os direitos e deveres dos conviventes.

Dividido em sete capítulos a pesquisa inicia tratando da evolução histórica da família no capítulo dois, dando seqüência ao capítulo três onde a união

¹FUGIE, Erika Harumi. A união homossexual e a Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, out./dez. 2002. n. 15., p. 133.

²JÚNIOR, Humberto Theodoro.apud GOMES.ORLANDO **Direito de Família 11ª** ed.1998.p. 34

estável e discutida de forma profunda, ligando ao capítulo quatro onde salienta os impedimentos e causas suspensivas da referida união. Onde seus efeitos jurídicos serão explanados no capítulo cinco. Não mais importante, mas com maior apelo, a união homoafetiva será discutida no capítulo seis, desde a evolução doutrinária aos direitos adquiridos no ordenamento brasileiro. Concluindo o trabalho através do sétimo capítulo, seguido de toda referencia bibliográfica.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

A etimologia da palavra família, segundo a autora Áurea Pimentel Pereira, tem origem do sânscrito, que a converteu para a língua latina:

“O radical fam corresponde àquele outro dhã, da língua ariana, que dá idéia de fixação, ou de coisa estável, tendo da mudança do “dh” em “f” surgido, no dialeto do Lácio, a palavra faama, depois famulus (servo) e finalmente família, esta última a definir, inicialmente, o conjunto formado pelo pater familias, esposa, filhos, e servos, todos considerados, primitivamente, como integrantes do grupo familiar, daí Ulpiano, no “Difesto”, já advertir que a palavra família tinha inicialmente acepção ampla, abrangendo pessoas, bens e até escravo.”³

Como podemos observar, o termo família, apresenta não só, a significação de coletividade dentro do lar, mas, também, sugere, o próprio lugar dessa reunião. Na identificação da família como base da estrutura social, temos a definição de Aduato Suannes: “família é uma expressão que deve abranger pelo menos aquelas duas pessoas que se unem com o propósito de manutenção desse vínculo afetivo, independente de serem de sexo diverso, tenham ou não prole.”

Em outros países ocidentais, essa questão legal já foi levantada há mais tempo e juristas e legisladores saíram em busca de uma definição mais apropriada para o termo família, frente à nova realidade. Nos Estados Unidos, a definição adotada pelo estado da Califórnia, corresponde à realidade social da atualidade, esquecendo-se dos números e as relações maritais e filiais para se fixar quanto à função da família, em que para eles, família é todo grupamento humano capaz de manter a integridade física e mental de seus membros, que ali também conseguem moldar um sistema de objetivos e valores e, principalmente, um ambiente que ajude as pessoas a se recuperarem do estresse da vida exterior.

O conceito de família envolve mais de uma acepção, na medida em que evoluem os tempos, o ser humano, de forma geral, altera seus hábitos e se desapega de velhos conceitos. A família moderna está além da sua função de reprodução biológica, produzindo também sua própria reprodução social, ou seja, busca construir uma história em comum, não mais a união formal, existindo uma comunhão afetiva. Para tanto, dá-se

³ PEREIRA, Áurea Pimentel. **A nova Constituição e o Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. p. 22.

como certo o fato de que a concepção sociojurídica de família mudou, surgindo um descompasso entre o avanço constitucional do Direito de Família e a existência de algumas famílias sociológicas, encontrando-se estas à margem da proteção jurídica.

Contudo, a partir da metade do século XX, a concepção jurídica tradicional do conceito de família vem abrindo espaço para a consideração das uniões de pessoas do mesmo sexo, porém de forma bastante lenta. Alguns juristas sustentam que a Constituição ao enumerar quais as espécies admitidas de comunidade familiar, inadmite o reconhecimento de outras comunidades familiares, sendo vedado ao legislador ordinário e ao Poder Judiciário avançar nesta questão, da mesma opinião a Desembargadora Maria Berenice Dias:

“Ainda que tenha vindo a Constituição, com ares de modernidade, outorgar a proteção do Estado à família, independentemente da celebração do casamento, continuou a ignorar a existência de entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Não se diferencia mais a família pela ocorrência do casamento. Também a existência de prole não é essencial para que a convivência mereça reconhecimento e proteção constitucional, pois sua falta não enseja sua desconstituição. Se prole ou capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, não se justifica deixar de abrigar, sob o conceito de família, as relações homoafetivas.”⁴

Continua ainda:

“Se a prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que o relacionamento de duas pessoas mereça a proteção legal, não se justifica deixar ao desabrigo do conceito de família a convivência entre pessoas do mesmo sexo. O centro de gravidade das relações de família situa-se modernamente na mútua assistência afetiva (*affectio maritalis*), e é perfeitamente possível encontrar tal núcleo afetivo em duplas homossexuais, erradamente excluídas do texto constitucional, conforme Luiz Alberto Aurvalle.”⁵

A família do século XXI, tende claramente a valorizar mais o elemento afetivo sobre o matrimônio formal, a procriação ou o estrato social. O vínculo existente tanto nas uniões homossexuais quanto heterossexuais é o afeto, que acaba por gerar efeitos jurídicos. O afeto que existe na maior parte das uniões de pessoas do mesmo sexo é idêntico ao elemento psíquico e volitivo das uniões conjugais e companheirismo. Como elemento essencial das relações interpessoais, o afeto é um aspecto do exercício do direito à intimidade garantida pelo inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Ainda que se quisesse

⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 53.

⁵ *Ibidem*. p. 54.

considerar indiferentes ao direito os vínculos afetivos que aproximam as pessoas, são eles que dão origem aos relacionamentos que geram as relações jurídicas, fazendo jus ao status de família.

Todas as espécies de vínculos que tenham por base o afeto são merecedoras da proteção do Estado. No entanto, juridicamente, não há uma família constituída entre as pessoas do mesmo sexo que viva em situação similar as uniões heterossexuais, o Estado para opor-se ao reconhecimento destas relações, alega que a família heterossexual é a base central da sociedade moderna, sob o fundamento de que a união homossexual desvalorizaria o sentido social do sexo e por estar ausente à capacidade procriativa humana e a educação de futuros cidadãos.

Na França, que tem a legislação familiar considerada por especialistas como a mais liberal no mundo, o Pacto Civil de Solidariedade, como é conhecido, estipula que duas pessoas maiores de idade e, de qualquer sexo, podem constituir família e regular por completo o regime de direitos e deveres entre elas.

Em nossa sociedade, a relação entre pares homossexuais que convivem nos molde das usuais uniões entre homens mulheres, são de conhecimento público e notório, e estão plenamente aptos a formar uma família, onde recebem carinho, cuidam-se mutuamente e futuros cidadãos aprendem valores morais e noções éticas.

3 DA UNIÃO ESTÁVEL

A união estável se caracteriza com o "objetivo de constituir família", deve estar presente o "*affectio maritalis*", ou seja, o "*animus*" de constituir família. Sendo mencionada pela Constituição de 1988, mas sua definição só aparece no Código Civil em seu artigo 1723 que dispõe: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."

A união de fato entre duas pessoas de sexo diferentes nasceu com o surgimento da própria família. Sem necessidade de regularização legal, duas pessoas decidiam compartilhar suas vidas partilhando objetivos comuns.

Todavia, até mesmo por princípios religiosos, a convicção de que a criação da família deveria realizar-se formalmente fazia com que os pretendentes buscassem concretizar o sonho de uma vida em comum com a solenidade do casamento, momento a partir do qual, atendidas as exigências legais, poderiam apresentar-se como marido e mulher. Tal prática garantia a aceitação da família pela sociedade, que a classificava como legítima e ilegítima, esta última quando constituída apenas de fato.

Com a criação do casamento civil pelo decreto nº181 de 24 de janeiro de 1890, as exigências aumentaram, pois o casamento, com o advento da República, deixou de ser o religioso católico, acatólico ou misto para tornar somente o casamento civil.

Essa nova condição contribuiu muito para o aumento das uniões de fato, pois casais tinham o hábito de contrair núpcias apenas com a cerimônia religiosa, o que, para a legislação civil, constitui união de fato.

Desta forma diante das inúmeras famílias que viviam nessa situação, os legisladores tiveram que curvar à realidade para regulamentar os efeitos jurídicos dessas relações familiares.

Quase nada mudou, somente foi incluído o nome "união estável", o que aperfeiçoa a definição. A Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova realidade ao Direito de Família, determinando como entidade familiar, não só aquelas uniões

provenientes de casamento, mas também as famílias monoparentais e as uniões estáveis, deixando para trás aquela legislação encharcada de preceitos religiosos em que determinava que, somente através do casamento existia a instituição familiar.

Como bem ensina Maria Berenice Dias:

(...) ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, tal significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual⁶.

Também acrescenta Rodrigo da Cunha Pereira:

(...) significa, em última análise, a compreensão de que o verdadeiro casamento se sustenta no afeto, não nas reminiscências cartoriais. O Direito deve proteger a essência, muito mais do que a forma ou a formalidade⁷.

O direito ao afeto é uma liberdade do indivíduo, que na Constituição federal foi promovido a valor jurídico, gerando conseqüências equivalentes a vínculos consangüíneos. Desta forma, obrigar pessoas a casarem para que estas tenham direitos e deveres garantidos pela sociedade é no mínimo restringir a liberdade destes.

3.1 Pressupostos da união estável

É mais do que justo que um relacionamento para gerar direitos deve necessariamente ser estável, ter uma comunidade de vida e interesse, com fidelidade recíproca, entre outras coisas. Logo os pressupostos citados, entre outros que veremos a seguir é que fazem com que o relacionamento extra-matrimonial venha atingir o objetivo desejado pelo Estado, que é uma sociedade de fato ou uma união estável semelhante a uma família legítima.

⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 69.

⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável Apud DIAS, MARIA BERENICE.; (Coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 230.

Seria impossível a existência de uma família, nos moldes pretendidos pelo Estado, se não existisse fidelidade recíproca entre os conviventes, ou se não existisse assistência mútua extra-matrimonial, que venha a alcançar os objetivos do Estado, não resta dúvida de que é mais do que justo e correto a existência de pressupostos para caracterizar um desses institutos presentes no trabalho, conforme abaixo os pressupostos dos institutos abaixo.

3.1.1 União entre homem e uma mulher

Até ser aprovada pelo STF a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a união estável “imitava” o casamento, logo deveria ser necessariamente entre um homem e uma mulher. Antes deveria existir uma expectativa real de prole, pois os filhos servem para consolidar a união, por demonstrar os elevados propósitos dos amantes.

Embora não seja permitido o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a união estável hoje já é reconhecida. Há tempos a matéria vinha sendo discutida por alguns doutrinadores, assunto esse que de extrema importância e discussão. Diante deste reconhecimento, o primeiro pressuposto, que seria a convivência entre “homem e mulher”, caiu por terra, posto que agora passou-se a reconhecer união entre pessoas do mesmo sexo.

3.1.2 Comunhão de vida e interesses

Como o casamento, a união estável requer um entendimento entre os conviventes. Pressupõe a idéia de que ambos devem buscar sempre o melhor para a evolução da relação, ter os mesmos interesses para ser mais fácil a sua consolidação.

Para parte doutrinaria e indispensável que os conviventes vivam sob o mesmo teto, pois desta forma haverá uma presunção de casados, porém atualmente, o posicionamento vê dispensado para a caracterização do concubinato ou da união estável a vida sob o mesmo teto, pois o que deve preponderar é a situação de igualdade entre o casal e um local onde se relacionem sexualmente.

3.1.3 Estabilidade

A estabilidade será provada pelo prolongamento da relação, esta se for momentânea ou acidental não trás configuração de união.

Relacionamento estável e aquele que permanece inalterado pelo menos por um período de tempo, caracterizando uma intenção do casal em viverem como se fossem casados. Antes a doutrina determinava 5 anos de relacionamento para reconhecer uma união estável, hoje deve a mesma ser apenas prolongada e estável.

3.1.4 Fidelidade

Diz Maria Helena Diniz:

“A fidelidade recíproca revela a existência de uma relação, onde existe presunção “yuris tantum”. Além disso, o fato da mulher receber outro homem, ou homens, ou vice-versa, indica que entre os amantes não há união vinculatória, portanto, nem união estável, que pressupõe ligação estável e honesta ^{8c}”

Logo fica claro que mesmo a relação entre amantes deve existir respeito, e uma fidelidade recíproca.

3.1.5 Notoriedade

Não se deve confundir notoriedade com publicidade é o que diz Cunha Gonçalves:

“A ligação há de ser notória, porem pode ser discreta, caso em que a divulgação do fato, se dá dentro de um circulo mais restrito, o dos amigos, o das pessoas intima⁹.”

⁸ DINIZ. Maria Helena .**Instituições do Direito Civil. Direito Família, Vol. 5.** P. 125.

⁹ GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito família e direto das sucessões** - 403p.

Desta forma, fica claro que a relação para gerar união estável não pode ser secreta, escondida. Não sendo considerada como tais encontros furtivos ou secretos, embora haja prática reiterada de relações sexuais.

3.1.6 Intenção ou *affection maritalis*

É o desejo do casal de constituir uma relação extra-matrimonial, como não há casamento sem a declaração de uma vontade livre, não há união estável sem manifestação dela através dos procedimentos que lhe são peculiares. A vontade de manter essa união é chamada de “*affectiosocitatis*”.

3.1.7 Posse de Estado

Alguns dos pressupostos acima contribuem para a formação da posse de Estado. Caracteriza-se, a união estável imita o casamento, ou seja, *more uxória*.

Tradicionalmente, a posse de estado integra-se por tríplice conjunto de fatos que são:

3.1.7.1 Reputação e trato

Dizem respeito à disposição de espírito de ambos os conviventes. Reputação apresenta-se como fenômeno psicológico que une a vontade dos amantes de viverem como marido e mulher.

Mas, é trato que se constitui em elemento objetivo, porque sucede no mundo sensível das coisas, é o comportamento recíproco de se tratarem. A assistência material e moral, o recebimento recíproco, o relacionamento tal que demonstre a vontade de um dispensar ao outro o trato de companheiro cimentam a situação e possibilitam a comunhão de vida.

3.1.7.2 Fama

É o lado social da posse de estado ou notoriedade. É seu aspecto ostensivo e externo. Aquele trato que se dispensam os companheiros como se casados fossem se constitui em fama quando alcança terceiros, que passam a considerar os dois como marido e mulher, ainda que saibam que casados não são.

É a voz publica, ou a *vox populi*, é também denominada reputação publica, por dizer respeito a terceiro. O conceito extensivo dos termos públicos tem merecido interesse dos estudiosos. Parece ser generalizado o entendimento de que por público não se pode exigir a inclusão de todos os moradores sequer de uma pequena cidade.

Não seria razoável incluírem todos os que ali residem para constituírem o publico. Por público, então, hão de ter-se aquelas pessoas que mantêm relações de amizade ou conhecimento, mais chegado com os companheiros. São vizinhos, que privam com ambos, os amigos, parentes que mais amiúde tratam com eles. A essa série de pessoas pode-se atribuir a compreensão genérica de “público”.

3.1.7.3. Nome

Hoje, a lei nº. 6.216 de 30/07/1975, que alterou a de nº. 6.015 de 31/12/1973, permite à companheira não adúltera a averbação do patromínico de seu companheiro, onde o uso do nome do marido integra aquela participação que a mulher desfruta na consideração social.

3.1.8 A dependência econômica

Os companheiros podem ser independentes, terem sua profissão seus bens etc, porém para parte da doutrina se existir a dependência econômica de um dos companheiros é mais um dado a acrescentar às demais características.

Paralelamente à autonomia patrimonial de cada um, dar-se-á que cada qual contribua para as despesas e encargos do lar, o que imitaria o regime de separação de bens no casamento.

Hoje em dia é mais do que justo que tanto o homem como a mulher trabalhem, dividindo as despesas, pois a própria constituição igualou os direitos e deveres de ambos.

3.1.9 Mútua assistência

Cada consorte terá em relação ao outro o dever de mutua assistência, que se circunscreve aos cuidados pessoais nas doenças, ao socorro nas tristezas, ao apoio na adversidade e ao auxílio em todas as vicissitudes da vida.

3.1.10 Sustento, guarda e educação dos filhos.

Será dever de ambos os genitores sustentar, guardar e educar os filhos, preparando-os para a vida de acordo com suas possibilidades. A violação dessa obrigação, relativamente ao que concerne aos filhos menores e não emancipados, acarreta a suspensão ou destituição do pátrio poder, remediando-se o mal pela ação de alimentos, podendo, ainda, configurar crime de abandono material, intelectual e moral da família.

4 UNIÃO ESTÁVEL IMPEDIMENTOS E CAUSAS SUSPENSIVAS

Desde o direito romano, apontam-se motivos de proibição para o matrimônio. O direito canônico, vendo no casamento um ato de envergadura capital para o indivíduo e para a sociedade, tomou-os, desenvolveu-os, e construiu com eles a teoria dos impedimentos matrimoniais, conforme expõe Caio Mario da Silva Pereira:

“Sua idéia central esta em que o matrimonio exige requisitos especiais que não se confundem com os pressupostos necessários dos atos comuns da vida civil.”¹⁰

Por disposição expressa do art. 1.723, § 1º, do código civil, a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos, previstos no art. 1.521 do mesmo diploma legal. A exceção ocorre no caso do inciso VI do art. 1521, que prevê impedimentos para os já casados, quando estiverem separados judicialmente ou de fato.

Dessa forma pode acontecer que em um primeiro momento do desenvolvimento pessoal entre os companheiros um deles fosse casados, de direito e de fato, e o outro, portanto seu amante, o que segundo seus ditames legais, constitui concubinato. Após determinado período, entretanto, o rompimento do matrimônio acontece, passando o concubinato a ser considerado união estável.

Existem também as hipóteses que não permitem o casamento, também não podem constituir união estável: Os ascendentes com descendentes seja o parentesco natural ou civil, os afins em linha reta, ou seja, sogro com nora, genro com sogra etc, o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante, os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, ate o terceiro grau inclusive o adotado com o filho do adotante, o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte. Essas são as outras hipóteses de impedimentos e não custa reafirmar que relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de casar constituem concubinato.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições do Direito Civil**. vol.5. p.77.

Ocorrendo os impedimentos a união estável não se constituirá, nas mesmas hipóteses em que é vedado o casamento, mas mesmo frente a proibição legal em muitos casos a relação se constitui, não é possível impedir as uniões mesmo aquelas sujeitas a reprovação social e legal. E como elas existem não há como ignorá-las, pois ao negar sua existência o resultado é desastrosos tendo como base apenas o não cumprimento dos requisitos para o casamento.

Rejeitar qualquer efeito desses vínculos considerados proibidos, condena-os a invisibilidade, gera irresponsabilidade, e enseja o enriquecimento ilícito de um em desfavor ao outro, pois por apenas uma desaprovação legal, simplesmente, livra de qualquer responsabilidade, encargo ou ônus. Logo quem assim age em vez de ser punido, sai privilegiado frente aos que se encontram em união estável garantida pela constituição e o código civil.

Com isso com ou sem os impedimentos da constituição, entidades familiares que se constituem a margem dos requisitos para sua consolidação, não deveriam ser ignoradas quantos aos efeitos dessa convivência, já que embora não comungam com o modelo social, merecem a proteção como núcleo integrante da sociedade.

5 EFEITOS JURÍDICOS DA UNIÃO ESTÁVEL

Com a constituição de 1988, a união estável passou a ser reconhecida expressamente, sendo necessários a união entre um homem e uma mulher como entidade familiar, conforme preceitua o artigo 226, parágrafo 3º:

Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre um homem e uma mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Assim, podem, pela lei, contrair a união estável: o solteiro, o viúvo e o divorciado, pois a lei facilita sua conversão em casamento. A primeira observação que carece de atenção é o fato de que a união estável não pode ser confundida com matrimônio, tendo em vista que o próprio texto constitucional já os distingue ao mencionar que “a lei facilitará sua conversão em casamento”.

A questão mais importante deste artigo é o reconhecimento que não havia no Código Civil de 1916, posto que a partir do texto constitucional, a ligação duradoura, com propósito de vida em comum, garantiu status de entidade familiar, ou seja, aquela visão de “família ilegítima envergonhada” deixa de existir, sendo os casais que viviam nessas condições protegidos pelo Estado.

5.1 Lei nº. 8971, de 29/12/1994 - Companheiros

Foi a primeira lei a tentar regulamentar a união estabelecida no artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

O artigo 1º desta lei determina que a companheira de homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, terá direito a alimentos e aos direitos sucessórios nela consignados e seu parágrafo único determina que iguais direitos terá o companheiro da mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Portanto, exclui tais benefícios do concubinato adulterino (pessoa que vive com a mulher e com a companheira ao mesmo tempo), e só terá direito a alimentos ou a sucessão se viveram a mais de cinco anos, devidamente comprovados. Os alimentos serão concedidos nos termos da lei nº. 5478/68, que dispõe sobre a ação de alimentos.

No que concerne aos direitos sucessórios, de um companheiro em caso de morte e de seu consorte, a lei contempla varias hipóteses: É a de que o companheiro morrer deixando filhos. A lei atribui ao sobrevivente o usufruto de um quarto de todo o patrimônio do pré-morto, onde o de cujus só possuir ascendentes, o sobrevivente terá direito ao usufruto da metade do patrimônio do pré-morto.

Em ambas as hipóteses esse usufruto durará enquanto o companheiro sobrevivente não constituir nova união, a da morte de um dos conviventes sem deixar herdeiros necessários, ainda que deixarem colaterais, quando o companheiro sobrevivente terá a totalidade da herança.

Os bens deixados pelo autor da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do companheiro terá o sobrevivente direito a metade dos bens (mesmo se existir descendentes ou ascendentes do companheiro falecido). Se o companheiro sobrevivente quiser permanecer no imóvel residencial até constituir nova união, poderá permanecer. Porém após a constituição de nova união, o bem terá necessariamente de ser dividido entre os herdeiros do falecido, caso existam.

5.2 Lei nº. 9278 de 10 de maio de 1996 – Conviventes.

A lei nº. 9278 dispensa o prazo de cinco anos da lei anterior, destacando apenas que a união deve ser duradoura e continua. Também não admite a união estável de pessoas que estão separados judicialmente, como era permitido pela lei de 1994. Só há reconhecendo como união estável a união extra-matrimonial entre um homem e uma mulher solteiros, viúvos ou divorciados, desde que presente também os outros requisitos do capítulo anterior, sabendo ao juiz decidir, dentro de cada caso a relação existente entre o homem e a mulher, se é ou não uma união estável.

Todos os bens adquiridos após o início da união estável possuem a presunção de serem comuns, cabendo ao interessado provar que adquiriu o bem sem o esforço do outro convivente. Quando um dos conviventes recebe um bem de herança e vende o mesmo, comprando com o dinheiro da venda um outro bem, este será só dele, pois o mesmo só substitui o bem que não foi conseguido com o esforço comum, pois recebeu como herança.

Outra hipótese de não serem comuns os bens adquiridos, após o início da relação, é o fato de existir estipulação, em contrato escrito, onde o bem só irá pertencer ao companheiro que o adquiriu. A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos. Dissolvida a união por rescisão, o convivente que necessitar poderá pedir alimentos ao outro que tiver melhores condições.

Rescindida a união por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado a residência da família. Se constituir nova relação, o bem será dividido entre os conviventes supérstite e os herdeiros do convivente falecido, caso e claro tenha sido adquirido com o esforço comum. Caso o falecido não tenha herdeiros necessários (ascendentes e descendentes), o bem passará a ser todo do convivente supérstite. Se o bem pertencia só ao convivente falecido, quando o convivente supérstite contrair nova união, o bem passará inteiro para os herdeiros do convivente falecido.

A lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, porém, é necessária a habilitação no registro civil. Se os conviventes forem separados de seus respectivos cônjuges, a lei deve facilitar o divórcio para que os mesmos possam fazer a habilitação, para no futuro próximo converterem a união estável em casamento.

Não é em todo o Estado do Brasil que a união estável será julgada na vara de família, dependerá da organização judiciária de cada estado. Pode um Estado determinar que a vara competente seja civil. Logo, o artigo 9º, da lei 9278 é relativo.

5.3 A União estável no código civil de 2002 – art. 1723

A família brasileira experimentou profundas mudanças conceituais e estruturais no decorrer do século XX. Todas essas transformações foram absorvidas pela Constituição da República de 1988, que instaurou no país o Estado Democrático de Direito e elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil.

O novo Texto Constitucional provocou verdadeira revolução no Direito brasileiro. Com ele inaugurou-se um novo Direito de Família no país. Seu art. 226 ampliou o conceito de família, ao reconhecer outras formas de constituição familiar, como a união estável e a família monoparental, garantindo a elas a proteção do Estado.

Ao equiparar outras formas de família ao casamento, a Constituição da República de 1988 fez justiça, legitimando uma realidade social há muito existente e que sempre esteve à margem do Direito.

Elevada a norma constitucional, a compreensão da nova família não demorou a gerar novos diplomas legais e farta jurisprudência, derogando várias disposições do Código Civil de 1916, então vigente.

Quando da promulgação da Constituição da República, em 1988, o Projeto do novo Código Civil brasileiro ainda tramitava no Congresso Nacional. Construído para regulamentar as relações privadas e sociais próprias dos meados do século XX e impregnado do pensamento jurídico da época, o Projeto já não correspondia aos ditames da nova ordem social que se formava desde 1977, com a Lei do Divórcio.

Era necessário, então, promover uma reforma mais profunda, sobretudo no Direito de Família, a fim de harmonizá-lo com o texto constitucional. Não foi sem resistência, porém, que as emendas de iniciativa do Senado Federal introduziram a união estável no Livro de Família, dedicando a ela o Capítulo III.

Não se pode negar que a nova lei civil brasileira acolheu aspectos essenciais do Direito de Família constitucional, o que não poderia ser diferente, já que como norma hierárquica inferior deve subsumir os preceitos da Lei Maior.

O novo Código, é verdade, agasalhou muitas das alterações que se faziam necessárias e incorporou disposições de leis especiais, destinadas a regulamentar as disposições do art. 226 da Constituição da República de 1988 e outras.

Contudo, contrariando as expectativas, ele não trouxe inovações a respeito da união estável, representando, até mesmo, um verdadeiro retrocesso, sobretudo no que se refere aos direitos sucessórios dos companheiros. Deixou, também, de dispor sobre questões importantíssimas acerca do tema e desrespeitou, em alguns aspectos, disposições constitucionais sobre o instituto da união estável.

O conceito de família mudou e, com ele, mudaram os papéis e as relações sociais, jurídicas e afetivas. A partir da promulgação da Constituição da República de 1988, são a pessoa humana e o seu pleno desenvolvimento a inspiração e a orientação primeiras do sistema jurídico brasileiro.

A forma de constituição da família é, agora, assunto de natureza pessoal, direito resguardado pela liberdade de dispor de si mesmo, e que encontra seu fundamento no direito de personalidade, respeitadas, assim, as escolhas pessoais que envolvem a intimidade e a privacidade dos indivíduos.

Ao legislador cabe, apenas, a tarefa de buscar na realidade os reflexos que devem fundamentar a norma, sem jamais permitir que seu juízo de valor se sobreponha à Justiça, primeiro objetivo da lei.

O estudo realizado buscou confirmar (ou não), se o *status* constitucional dado à união estável é garantia de efetiva segurança jurídica para os companheiros. Para tanto, foi necessário empreender uma análise da doutrina e da jurisprudência, considerando-se a essência social do Direito, que deve ter no homem e na sua eterna busca de si mesmo, a razão do fundamento de toda norma.

Conforme arts. 1.723 a 1727, do Código Civil de 2002, a fim de responder até que ponto o legislador civil absorveu as mudanças realizadas pela nova ordem constitucional, que tem no princípio da dignidade da pessoa humana a sua principal orientação.

A família é um fato social e, não apenas, uma instituição jurídica. Diversamente da família patriarcal, hierarquizada e patrimonializada, a família contemporânea é um espaço onde predominam os laços da afetividade, os princípios da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Assim, a primeira conclusão a que se pode chegar a partir do estudo sobre a união estável no Código Civil de 2002, é que, embora a Constituição da República de 1988 tenha reconhecido outras formas de entidade familiar, para o legislador civil de 2002, o casamento continua sendo o paradigma de constituição de família. Esta afirmação pode ser constatada pelo fato de que toda a regulamentação da união estável, no novo Código Civil, tem como referência o casamento. A simples comparação dos arts. 1.566 (deveres dos cônjuges) e 1.724 (deveres dos companheiros) confirma que o que foi posto para um foi posto para o outro.

E assim, como resta confirmado ao longo ao longo da pesquisa, as profundas modificações por que passaram as famílias brasileiras no decorrer do século XX e que foram acolhidas pela Constituição da República de 1988, não foram legitimadas, em sua totalidade, e como era de se esperar, pelo legislador civil de 2002.

O novo Código, embora tenha dedicado à união estável o capítulo III, do Livro IV, que trata do Direito de Família, não cuidou de subsumir completamente os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Isto fica evidente diante das discrepâncias criadas pelo legislador ordinário entre a posição, muitas vezes, privilegiada do cônjuge, em detrimento da posição do companheiro. Essas diferenças se tornam mais nítidas, ao serem analisados os direitos sucessórios de um e de outro; o direito real de habitação, dado ao cônjuge e tirado do companheiro e tantos outros que foram analisados no decorrer deste estudo.

Ora, se tanto a família fundada no casamento como a que resulta da união estável são igualmente entidades familiares perante a Lei Maior, não faz sentido discriminar cônjuges e companheiros. Essa atitude apenas deixa evidente o claro desrespeito à norma constitucional e grave violação dos princípios da igualdade da dignidade da pessoa humana.

Conclui-se, pois que, ao ficar alheio às transformações que ocorrem no universo social, transformações que sempre perpassam pelas culturas e pelos homens, o Direito perde a sua razão, pois que, deixa de ser vivo e dinâmico, para ser estagnado, preconceituoso e rígido.

Como substrato da realidade social, a lei só conhecerá a Justiça e cumprirá os objetivos para os quais é criada, se cuidar de considerar e respeitar, em todos os aspectos, o que há de humano na conduta que pretende regulamentar. O contrário abre as portas para a iniquidade, o preconceito e a injustiça. É o mesmo que dizer, sem

absorver os movimentos perenes da vida, a Justiça fica estagnada e o Direito perde a sua essência, fazendo surgir um ordenamento jurídico inflexível, avesso à liberdade e à igualdade, avesso à própria vida.

5.4 A união estável e seu regime de bens

Por previsão expressa do art. 1.725 do código civil, na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais o regime de comunhão parcial de bens, no que couber.

Portanto a escolha das disposições que disciplinam a união estável tem de ser feita de forma consciente e livre por ambos os companheiros, destacando-se que qualquer que seja, a escolha não haverá interferência no direito do companheiro sobrevivente de participar da sucessão do outro, como acontece no casamento.

No novo código civil houve um grande desprestígio a união estável, onde o companheiro só recebe a herança sozinho do de cujos caso não exista nenhum parente sucessível até o 4º grau. Diferente do que acontece com o cônjuge sobrevivente, que recebe sozinho por disposição do art. 1.829, III do código civil, a herança, não havendo descendentes nem ascendentes, antes de qualquer colateral.

6 DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Neste capítulo abordaremos as mudanças ocorridas na sociedade e no ramo do Direito, quanto à doutrina, valores e conceitos com relação a estas uniões. Entende-se por união homoafetiva, as chamadas uniões homossexuais, onde vínculos afetivos e sexuais, em que há comprometimento amoroso, constroem uma comunhão de vida estável e durável

Tema atual e que tem gerado inúmeras polemicas é o que diz respeito às uniões homoafetivas, nome que vem sendo amplamente aceito para designar as uniões que acontecem entre pessoas do mesmo sexo, fato social cada vez mais constante em todo o mundo. E como o direito regula as normas a serem seguidas pela sociedade, no entanto, não há como se regular os sentimentos. Desta forma, os casais homossexuais ficavam desassistidos no âmbito jurídico, não havia a tutela jurídica do Estado, muito menos a igualdade entre esses e os casais heterossexuais.

Diante dessa realidade havia a necessidade das normas jurídicas acompanharem as mudanças da sociedade, o Direito não pode ser estático, deve sempre acompanhar as mudanças, isto posto, foi reconhecida, por unanimidade, no dia 05 de maio do ano corrente, pelo Supremo Tribunal Federal, a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Demonstrada a convivência entre pessoas do mesmo sexo, com objetivo de constituir família e sendo contínua e duradoura, haverá o reconhecimento da União Estável como entidade familiar, tal qual, gerando os efeitos jurídicos de uma união estável.

Tal acontecimento é uma conquista muito grande para os casais homossexuais, que sempre lutaram para terem seus direitos equiparados com os dos casais heterossexuais. Como bem descreve a advogada Rosangela da Silveira Toledo Novaes em seu site:

Homoafetividade, termo cunhado pela Ilustre Jurista e Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Dra. Maria Berenice Dias, busca realçar que o aspecto relevante dos relacionamentos não

é de ordem sexual. A tônica é a afetividade, e o afeto independe do sexo do par¹¹.

As Uniões Homoafetivas, antes tidas como sociedades de fato, são sociedades de afeto. São pessoas do mesmo sexo que se unem e convivem juntas formando verdadeiras entidades familiares.

6.1 Fundamentos jurídicos

Pode-se dizer que nos dias atuais, a defesa dos direitos dos homossexuais é uma importante questão exemplificativa de direitos humanos, por abordar temas de liberdade, da igualdade e da diferença, e indo mais além da defesa dos direitos civis puros e dos direitos sociais tradicionais. Trata-se do direito do reconhecimento, abordando de forma específica, os fundamentos da democracia moderna, como a igualdade universal e o princípio da dignidade da pessoa humana.

A partida para a confirmação dos direitos dos casais homoeróticos está, precipuamente, no texto constitucional brasileiro, que aponta como valor fundante do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), a liberdade e a igualdade sem distinção de qualquer natureza (CF, art. 5º), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (CF, art. 5º, X).

Um Estado Democrático de Direito não pode desrespeitar suas regras e princípios jurídicos impostos, e é exigível o seu cumprimento, servindo sua Lei Maior para assegurar a realização dos direitos e liberdades fundamentais. Contudo, os direitos individuais e sociais elencados na Constituição Brasileira são observados de maneira vaga e genérica ou dependente de legislação infraconstitucional, o que leva a serem considerados inoperantes na prática, afetando, conseqüentemente, os direitos de determinados grupos, muitas vezes uma minoria. Já na metade do século XIX, alertavam para o perigo social que ameaçava o livre exercício da democracia,

¹¹ NOVAES, Rosangela da Silveira Toledo. **União Homoafetiva**. Disponível em: <http://www.uniaohomoafetiva.com.br/home.html> , Acesso em 21 Junho de 2011

ventilando sobre a possibilidade de uma maioria que se converteria em opressora das minorias, e também intolerante para com os diferentes.

Os legisladores brasileiros, ao longo dos anos, seguiram o preceito de que, em princípio, em nada interessava ao Direito a relação sexual entre duas pessoas capazes do mesmo sexo, devendo o legislador apenas se atentar em regular as situações cotidianas, ou seja, regulamentar os direitos e obrigações das pessoas heterossexuais, visto que, é notório, que os homossexuais são minoria. Os legisladores adotaram princípios jurídicos e valores morais, fazendo escolhas conforme o interesse da sociedade da época. No entanto, é insustentável dizer que, nos dias de hoje, os mesmos direitos valorizados na união entre homem e mulher, intimidade, apoio mútuo, amor e respeito, se forem apresentados entre parceiros do mesmo sexo, devam ser repugnadas pela maioria e, conseqüentemente pelo Estado democrático.

Um dos princípios no qual baseia-se o direito de reconhecimento das uniões homossexuais é o princípio da igualdade, insculpido no art 5º, caput da Constituição Federal de 1988, que preceitua que todas as pessoas são iguais perante a lei, “sem distinção de qualquer natureza”. Estas palavras são o fundamento legal do princípio da igualdade, que serve de fundamento à democracia e tem como escopo o tratamento uniforme dispensado às pessoas enquanto seres sociais.

Com a evolução dos costumes, principalmente a partir da década de 60, acabaram-se privilégios e a suposta superioridade do masculino sobre o feminino, e a sexualidade legítima autorizada pelo Estado começa a deixar de existir unicamente por meio do casamento, eis que, também, surgem as primeiras formas de união estável. Alguns relacionamentos homoafetivos começam a ser notórios, reivindicando o reconhecimento de seus direitos, sob os fundamentos dos princípios constitucionais, em especial o da igualdade.

Cumprido esclarecer que a palavra princípio, no sentido jurídico, significa regra fundamental contendo verdade universal sobre questão de direito, já a igualdade, como disse Norberto Bobbio:

“é uma relação que se estabelece entre distintas pessoas, coisas ou situações; o direito, como ordem normativa, prescreve tal relação entre os entes objetos de comparação, estabelecendo quando, como e por que serão sustentadas equiparações ou diferenciações. Aduz, assim, a necessidade de se responder a

duas questões sempre que se indaga acerca da igualdade: igualdade entre quem? E igualdade em quê?”¹²

Assim, o princípio da igualdade em sua dimensão formal, tem como objetivo a superação das desigualdades entre as pessoas, exigindo que se reconheça em todos, independentemente da orientação homo ou heterossexual, a qualidade de sujeito de direito, por intermédio da aplicação da mesma lei a todos.

Somente diante de uma razão suficiente para a justificação do tratamento desigual, é que não haverá violação do princípio da igualdade, pois, este, previsto no art. 3º, inciso IV da Carta Magna, adota expressamente critérios proibitivos de diferenciação. Em suma, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela não de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes, ou seja, a lei não deve ser origem de privilégios ou perseguições, mas o meio pelo qual se trata equitativamente a todos, sendo este o conteúdo político ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral. Não assegurar e nem outorgar direitos à união homoafetiva, infringe o princípio da igualdade.

Celso Antonio Bandeira de Mello, falando de igualdade, citado por Maria Amalia Soler Moreno:

“O problema do reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se biparte em duas questões. A primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação. A segunda reporta-se à correlação existente entre o fato erigido em critério de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento. Esclarecendo melhor, tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro, se há justificativa para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada.”¹³

A concretização da igualdade em matéria de sexo, representada pela proibição de discriminação, alcança o âmbito da orientação sexual homossexual. Especificamente no direito brasileiro, relativo a esta específica concretização do princípio isonômico, percebe-se a evolução da jurisprudência e da legislação. A identificação da orientação

¹² BOBBIO, Norberto. , **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 10ª. ed. p. 66.

¹³ MORENO, Maria Amália Soler.. *Parcerias Homossexuais: Aspectos Jurídicos*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002. p. 84.

sexual está condicionada a identidade atribuída a alguém em função da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais em relação a quem escolhe, e tal escolha não pode ser alvo de tratamento diferenciado. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, inclui-se, também, a opção sexual. Nesse sentido, explica a Ilustríssima Desembargadora Maria Berenice Dias:

“Como orientação sexual só é passível de distinção diante do sexo da pessoa escolhida, é direito que goza de proteção constitucional ante a vedação de discriminação por motivo de sexo. O gênero da pessoa eleita não pode gerar tratamento desigualitário com relação a quem escolhe, sob pena de se estar diferenciando alguém pelo sexo que possui: se igual ou diferente do sexo da pessoa escolhida.”¹⁴

Verifica-se a incorporação ao nosso ordenamento jurídico Tratado Internacional de Direitos Humanos, que veda a discriminação por orientação sexual no tocante a criminalização de atos sexuais homossexuais, acordados no Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, realizado na Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966.

6.2 Direitos adquiridos pelos casais homossexuais

Após a decisão do STF, que possui efeito vinculante, os casais do mesmo sexo agora fazem jus aos mesmos direitos que antes eram exclusivos dos casais heterossexuais. Ao todo serão conferidos 112 direitos a esses casais, como por exemplo, comunhão de bens, herança, planos de saúde, receberem pensão alimentícia, pensão do INSS entre tantos outros. No entanto, os casais homossexuais ainda terão que procurar a justiça para fazer valer tais direitos, mas da mesma forma que os casais heteros, para comprovação da união estável quando não possuírem registro em cartório.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **O Preconceito e a Justiça**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.77

6.2.1 Conseqüências

A decisão do Tribunal veio em um momento oportuno, onde vê-se crescente na mídia o desrespeito com os homossexuais, principalmente com a intransigência de jovens que não respeitam essa condição e apelam para a violência.

A partir de agora o reconhecimento de direitos civis a parceiros do mesmo sexo fortalece o Estado democrático de direito, contribuindo para que minimize o preconceito da sociedade em relação a esses cidadãos, posto que o Estado existe para contribuir com os indivíduos em seus projetos de vida, não podendo restringi-los ou impedi-los em virtude de uma condição específica.

Onde passa ser aceito que o núcleo familiar não pode ser caracterizado somente pelo gênero dos que o compõem. É precipitada a conclusão de que o reconhecimento de união estável homoafetiva pelo supremo seja o reconhecimento de entidade familiar, pois o Supremo Tribunal Federal (STF), órgão do poder judiciário, não se confunde com o congresso nacional, órgão do poder legislativo. A estrutura deste órgão, bem como os valores, os objetivos, as expectativas, e o *habitus* de seus membros são distintos.

O congresso embora tenha se mantido inerte, possui uma importância para regulamentação das relações jurídicas decorrentes da decisão judicial. Já existe proposta de lei, onde assegure a todas as igrejas o direito de não celebrar casamentos entre pessoas de mesmo gênero. Essa posição é em função do conservadorismo, que utiliza todos os meios ao seu alcance para denegar direitos ao indivíduo homossexual.

Quanto ao casamento ainda pairam dúvidas, já que o parágrafo 3º, do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, que rege a união estável, dispõe: "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento".

Embora aprovada a união estável homoafetiva, o casamento exige toda uma formalidade que não existe na união estável, sendo assim o casamento entre homoafetivos ainda deverá ser discutido juridicamente.

Contudo, podemos afirmar que a decisão do STF não é um ponto de chegada, mais uma etapa vencida de um longo percurso, no qual representa para o Brasil um avanço no cenário mundial, onde a sociedade não humilha ou difere seus integrantes, garantindo o direito ao respeito, dignidade e a liberdade que todo cidadão merece.

7 CONCLUSÃO

Em geral, na falta de impedimentos matrimoniais entre o casal, a relação será caracterizada como união estável. De forma alguma o legislador quis acabar com o matrimônio, ou diminuir sua importância, apenas quis dar a essas relações uma importância maior, determinando até mesmo que a lei facilite a conversão da união estável em casamento.

Embora repudiado inicialmente pelo legislador, aos poucos as relações extra-matrimoniais foram encontrando alento para seus efeitos civis na jurisprudência, esta sempre sensível as realidade e aos dramas da vida do homem, tais como se apresentam no mundo fático, possa-se à frente das leis escritas, para proporcionar legitimidade aos fatos sociais que a evolução dos tempos valoriza.

Atualmente, não resta dúvida quanto ao crescimento dessas relações extra-matrimoniais, homoafetivas ou não, onde inúmeras vezes atingem um melhor resultado social do que o próprio casamento. Os direitos dessas relações vão sendo, com o passar dos anos, ampliados, através de esforços constantes da nossa jurisprudência. União estável é relação de fato, não estando sujeita à existência formal, aperfeiçoando-se pela convivência, provada através de sua existência, independente do gênero dos que a constituem.

REFERÊNCIAS:

CAMILO, Fabiano. **União Estável Homoafetiva: Reconhecimento e Reação**, Mai.2011 <<http://www.amalgama.blog.br/05/2011/uniao-estavel-homoafetiva-reconhecimento-e-reacao>>. Acesso em 19 junho 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Direito de Família e o novo Código Civil**. 2º ed. Belo Horizonte; Del Rey, 2002.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 5º ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Helena Maria. **Instituições do Direito Civil**. Direito Família, Vol. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável Apud DIAS, M. B.; (Coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FUGIE, Erika Harumi. A união homossexual e a Constituição Federal. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, out./dez. 2002.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11º ed. Rio de Janeiro; Forense, 1998.

NOVAES, Rosângela da Silveira Toledo. **União Homoafetiva**, Disponível em: <<http://www.uniaohomoafetiva.com.br>>. Acesso em: 21 de junho de 2011

SCALQUETE, Ana Cláudia. **União Estável**. 1º ed. São Paulo; Ed. Saraiva. 2008.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. apud GOMES. **Direito de Família**. 11º ed. Rio de Janeiro; Forense, 1998.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições do Direito Civil**. Direito Família, Vol. 5. 14ª ed. Rio de Janeiro; Ed Forense, 2004.

Brandão, Sylvia Lucia de Souza. **União Estável no Código Civil 2002**. Disponível em <<http://www.funcesi.br/Portals/1/uniao%20estavel.docesi.br>> Acesso em 29 Junho 2011.

BOBBIO, Norberto, **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 10ª ed. Brasília; Ed. UNB 2007.

Fonte: Times New Roman
Tamanho: 12