

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE
CURSO DE DIREITO**

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: UM ESTUDO ACERCA DA EVOLUÇÃO DO
CONCEITO DE FAMÍLIA E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA AÇÃO DIRETA
DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4277, SOB O PRISMA DE SUA CONVERSÃO
EM CASAMENTO.**

CAMILA FAGUNDES RODRIGUES

**CRICIÚMA
2013**

CAMILA FAGUNDES RODRIGUES

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: UM ESTUDO ACERCA DA EVOLUÇÃO DO
CONCEITO DE FAMÍLIA E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA AÇÃO DIRETA
DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4277, SOB O PRISMA DE SUA CONVERSÃO
EM CASAMENTO.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
para obtenção do grau de Bacharel no curso de
Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Ismael Francisco de Souza.

CRICIÚMA

2013

CAMILA FAGUNDES RODRIGUES

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: UM ESTUDO ACERCA DA EVOLUÇÃO DO
CONCEITO DE FAMÍLIA E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA AÇÃO DIRETA
DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4277, SOB O PRISMA DE SUA CONVERSÃO
EM CASAMENTO.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
pela Banca Examinadora para obtenção do
Grau de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC.

Criciúma, 03 de junho de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ismael Francisco de Souza - Mestre - (UNESC) - Orientador

Prof. Fabrizio Guinzani – (UNESC)

Prof. Marcus Vinícius Almada Fernandes – (UNESC)

Dedico o presente trabalho a minha família e ao meu namorado, pelo apoio, carinho e confiança em mim depositados durante toda a minha jornada acadêmica e a todos que, de algum modo, contribuíram para o meu aprendizado.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pelo seu amor infinito. Agradeço aos meus pais, Rogério e Rosimar, por todo amor e confiança em mim depositados. Sem eles eu não saberia o que fazer em boa parte da vida.

Aos meus irmãos, Natália e Mateus, por todo amor e carinho. Aos meus avôs e tias que sempre estiveram presentes, ainda que à distância.

Ao meu namorado, Elvis, pelo apoio, amor, carinho e paciência, ofertados durante a faculdade, em especial nesta fase.

Ao meu orientador Ismael Francisco de Souza, por ter confiado em mim antes mesmo de começar este trabalho. Sou realmente grata por todas as oportunidades, paciência e atenção despendidas pelo professor.

Aos demais professores do curso de Direito da UNESC, pela contribuição na minha vida acadêmica.

Aos meus colegas de classe, em especial Ana Júlia, Patrícia, Renata e Tamy, que sempre me ajudaram e incentivaram. Obrigada por todos os momentos bons que passamos juntas, esta jornada não seria a mesma sem vocês.

Aos meus amigos, que fizeram parte do meu cotidiano, nos estágios, bem como os de infância, por todo apoio e cumplicidade. Porque mesmo quando distantes, estavam presentes em minha vida.

Enfim, obrigada a todas as pessoas que me ajudaram e incentivaram quando precisei e que contribuíram para a formação da pessoa que eu sou hoje.

*“O amor é que é essencial.
O sexo é só um acidente.
Pode ser igual ou diferente.”*

Fernando Pessoa

RESUMO

O presente trabalho consiste em um estudo acerca da evolução do conceito de família e as alterações trazidas pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277, sob o prisma da conversão da união estável homoafetiva em casamento. Será estudada a história do direito de família, os princípios que regem o instituto da família, bem como a união estável e a ADI n. 4277. Através desse estudo, serão abordadas as principais correntes doutrinárias acerca do direito de família, bem como será realizada uma análise da ADI n. 4277. Desta forma, o trabalho tem por objetivo principal verificar a possibilidade da conversão da união estável homoafetiva em casamento. O trabalho foi desenvolvido através de pesquisa pelo método dedutivo, sendo as informações obtidas por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando-se para tanto doutrinas, jurisprudência, legislação e publicações em geral.

Palavras-chave: Família. União Estável. Homoafetiva. ADI. Conversão.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 A Trajetória Histórico - Jurídica da Família	10
1.1 História do Direito de Família.....	10
1.2 Famílias Plurais no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	14
1.3 Princípios e Tendências no Direito de Família.....	18
2 União Estável	23
2.1 Evolução Histórica da União Estável.....	23
2.2 Dos Requisitos e Impedimentos da União Estável.....	26
2.3 Dos Direitos e Deveres na União Estável.....	27
3 Família Homoafetiva no Direito Brasileiro	33
3.1 Reconhecimento no Ordenamento Jurídico do Brasil a Homossexuais.....	34
3.2 Dos argumentos utilizados a fim de evitar a concessão da união estável homoafetiva.....	36
3.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 que trata do Reconhecimento da União Estável Homoafetiva.....	38
3.4 Uniões Estáveis entre Pessoas do Mesmo Sexo: Destaques no cenário nacional e internacional.....	41
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa demonstrar a viabilidade do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidades familiares numa visão fundamentada na Constituição Federal de 1988, nos princípios que regem o direito de família, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277 e nas doutrinas de direito de família.

As considerações que passarão a ser desenvolvidas pretendem contribuir para a análise do tema, com o objetivo de aprimorar o estudo de um assunto tão recente no contexto jurídico.

Com o fim de cumprir com o objetivo proposto, a pesquisa dividir-se-á em três partes norteadoras.

O primeiro capítulo desta pesquisa trata das transformações da família no direito brasileiro, desde os tempos primitivos, até a instituição do casamento, visando fazer uma análise a partir da concepção matrimonializada e patriarcalista da família.

Após, será realizada uma análise da desconstituição do modelo de família tradicional para um novo paradigma da família contemporânea, fundada na afetividade, as chamadas famílias plurais.

Também serão observados neste primeiro capítulo os princípios que regem o direito de família, eis que estes servem para facilitar o trabalho do intérprete em concordância com os interesses e valores por eles analisados.

Posteriormente, no segundo capítulo, será analisado o contexto histórico das uniões estáveis, desde a normalidade com que os gregos e os romanos tratavam as relações extraconjugais, passando pela expansão do cristianismo, em que as uniões fora do matrimônio passaram a ser consideradas pecados, até chegar aos dias atuais, em que a união estável é regulada pela Constituição Federal e pelo Código Civil.

Serão, também, analisados neste capítulo: os impedimentos, os pressupostos, os deveres, os efeitos patrimoniais, os direitos e a possibilidade da conversão da união estável em casamento.

No capítulo final desta monografia, estudar-se-á o reconhecimento da família homoafetiva no direito brasileiro, eis que no dia 05 de maio de 2011 foi aprovada a

ADI n. 4277, que prevê em seu conteúdo o reconhecimento da união estável homoafetiva. Sendo assim, o art. 1.723, do Código Civil, deixou de ser aplicado apenas ao homem e a mulher, e passou a reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

O terceiro capítulo fará um apanhado sobre o contexto histórico da relação homoafetiva, além de estudar mais a fundo o surgimento da ADI n. 4277. Também, serão analisados os direitos que os homossexuais já haviam conquistado antes desta ADI, bem como as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo no âmbito nacional e internacional.

Por oportuno, no último capítulo, serão estudados os principais argumentos utilizados a fim de evitar a concessão da união estável homoafetiva, considerando a afronta à lei divina e ao direito natural, a impossibilidade de procriar, a incentivação a comportamentos considerados desregrados, o enfraquecimento da entidade familiar e a afronta à moralidade.

Enfim, o que se visa no presente estudo é demonstrar que, muito embora, ainda, haja preconceito em relação às uniões estáveis homoafetivas, o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, priva os companheiros desta entidade de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, lesando os princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988. Devendo ser cabível que esta união seja regida pelas mesmas normas que regem a união estável heterossexual.

O método de pesquisa utilizado será o dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal.

1. A Trajetória Histórico-Jurídica da Família

1.1 História do Direito de Família.

A primeira ideia de família surge em épocas de evoluída civilização. Na era primitiva, era o instinto que comandava os relacionamentos, era este que garantia a existência da humanidade ao aproximar homens e mulheres para o acasalamento. Logo após, o rapto substituiu o instinto, o homem apreendia a mulher num ato de força. (RIZZARDO, 2011, p. 09).

Com o passar dos anos, a família passou a ter um significado tão importante para a sociedade, que se tornou necessário que o Estado intervisse, criando leis para protegê-la e regulá-la. (RIZZARDO, 2011, p. 01.).

Este intervencionismo estatal levou a criação da instituição do casamento, sendo esta a forma encontrada pelo Direito para por restrições à total liberdade do ser humano (DIAS, 2011, p. 27).

Conforme Maria Berenice Dias:

Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Sendo entidade patrimonializada, seus membros eram força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. (2011, p. 28).

Com o adiantar dos tempos, no direito romano, a família era comandada pelo *pater familias* (poder patriarcal), que era o chefe da família, ou seja, as mulheres e os descendentes se sujeitavam as ordens do homem/marido/pai. (RIZZARDO, 2011, p. 09).

Arnaldo Rizzardo afirma que: “A autoridade do *pater* alcançava uma posição de notável grandeza, pois exercia ele o poder (potestas) sobre os escravos, os filhos e as mulheres”. (2011, p. 09).

Os filhos não podiam contestar o poder do *pater familias*, pois os mesmos eram subordinados à autoridade paterna, não podendo contrariar as decisões do pai, ainda que fosse contrária a sua vontade ou sentimento. (TEPEDINO, 1997, p. 548).

No direito romano, bem como no grego, o afeto poderia existir. Todavia, não era o elo entre os membros da família. (VENOSA, 2010, p. 20).

Em um segundo momento, o significado de *pater*, passava a envolver o parentesco de sangue, o que acontecia, somente, após a morte do *pater famílias*. (RIZZARDO, 2011, p. 10).

Para Rizzardo: “A concepção patriarcal, com o poder absoluto do *pater famílias*, iniciou a ceder ao tempo do imperador Constantino, quando apareceu uma ideia bastante semelhante à que vigora atualmente.” (2011, p. 10).

No Brasil, o Código Civil de 1916, trazia a ideia de que a família era constituída visando unicamente o matrimônio. (DIAS, 2011, p. 30)

Dias diz que:

Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, numa vã tentativa de preservação do casamento. (2011, p. 30).

Com a evolução da família, a legislação foi obrigada a se modificar. Sendo que um marco nessa evolução foi o Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121 de 27 de agosto de 1962, que dispunha sobre a situação jurídica da mulher casada. Este Estatuto assegurou a plena capacidade da mulher casada, bem como garantiu a ela a propriedade exclusiva dos bens adquiridos pelo seu trabalho. (DIAS, 2011, p. 30).

Com a instituição do divórcio pela Emenda Constitucional n. 09 de 28 de junho de 1977 e, pela Lei n. 6.515 de 26 de dezembro de 1977, o Brasil acaba com a indissolubilidade do casamento, acabando de vez com a ideia que se tinha de família como instituição sacralizada. (DIAS, 2011, p. 30).

Conforme Maria Berenice Dias:

O surgimento de novos paradigmas – quer pela emancipação da mulher, quer pela descoberta dos métodos contraceptivos e pela evolução da engenharia genética – dissociaram os conceitos de casamento, sexo e reprodução. O moderno enfoque dado à família pelo direito volta-se muito mais à identificação do vínculo afetivo que enlaça seus integrantes. (2011, p. 30).

A Constituição Federal de 1988 instaurou a igualdade entre homens e mulheres, eis que o seu art. 3º, inciso IV, previu: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Com o surgimento deste artigo, os membros da família passaram a ser protegidos de forma igualitária. Foi consagrada a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou até mesmo por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos. (DIAS, 2011, p. 31).

Dias afirma que os direitos previstos no art. 3, inciso IV, da Constituição Federal de 1988: “Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental”. (2011, p. 31).

O projeto original do atual Código Civil é datado de 1975, tendo tramitado pelo Congresso Nacional antes mesmo da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que privilegiou a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, tendo em vista que o Código Civil entrou em pleno antagonismo com o novo sistema jurídico, foi necessário modificar o projeto original, para que este se adequasse as diretrizes ditadas pela nova Constituição Federal. (DIAS, 2011, p. 31).

Desta forma, apesar do atual Código Civil ter entrado em vigor em 11 de janeiro de 2003, já chegou velho. (DIAS, 2011, p. 31).

Por oportuno, Dias afirma:

Por isso, é imprescindível que os lidadores do direito busquem aperfeiçoá-lo: proponham emendas retificativas, realizem, quem sabe, até verdadeiras cirurgias plásticas, para que adquira o viço que a sociedade merece. Mas mudar era preciso. Preferir que as coisas fiquem como estão – postura tipicamente humana, pelo medo do novo – é mais fácil. De outro lado, criticar sem nada acrescentar é atitude estéril que em nada contribui para que algo seja melhorado. (2011, p. 31).

Apesar de o atual Código Civil ter mantido a estrutura do Código anterior, atualizou os aspectos essenciais do direito de família. Porém, não foi adiante, por este motivo tem sido alvo de inúmeras críticas e interpretações. (DIAS, 2011, p. 32).

Deste modo, tenta sem muito sucesso adaptar-se às alterações por que passou a família ao longo do século XX. Dias, ainda, afirma:

Talvez o grande ganho tenha sido excluir expressões e conceitos que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade. Foram sepultados todos os dispositivos que já eram letra morta e que retratavam ranços e preconceitos discriminatórios. Assim as referências desigualitárias entre o homem e a mulher, as adjetivações da filiação, o regime dotal etc. (2011, p. 32).

O ordenamento legal corrigiu alguns equívocos e incorporou orientações pacificadas pela jurisprudência, todavia, perdeu a oportunidade de promover alguns avanços. Exemplos disto, é que o legislador deixou de abordar temas como a filiação socioafetiva e a guarda compartilhada. (DIAS, 2011, p. 32).

A sociedade atual não tem um ideal de família, seu conceito mudou radicalmente e seu objetivo principal passou a ser a busca pela felicidade. (DIAS, 2011, p. 32).

Neste sentido, Dias afirma:

A sociedade concede a todos o direito de buscar a felicidade, independentemente dos vínculos afetivos que estabeleçam. É ilusória a ideia de eternidade no casamento. A separação, apesar de ser um trauma familiar doloroso, é um remédio útil e até necessário, representando, muitas vezes, a única chance para se ser feliz. (2011, p. 32).

O Código Civil também pecou ao tratar desigualmente as entidades familiares decorrentes do casamento e da união estável, eis que a Constituição Federal de 1988 não estabeleceu qualquer hierarquia entre estas entidades. (DIAS, 2011, p. 33).

Por fim, equivocou-se ao regular o direito de família no Livro IV (CC 1.511 a 1.783), que trata da tutela e da curatela, institutos de caráter assistencial e de proteção, depois do direito de empresa (Livro II) e do direito das coisas (Livro III). (DIAS, 2011, p. 33).

Para a família antigamente ser aceita pela sociedade, ela precisava ser constituída pelo matrimônio, por isto a lei regulava somente o casamento, as relações de filiação e o parentesco. O reconhecimento social dos vínculos afetivos fez com que as relações extramatrimoniais ingressassem no universo jurídico

através das jurisprudências, o que levou a Constituição Federal de 1988 a criar o conceito de entidade familiar. (DIAS, 2011, p. 33).

A entidade familiar é o resultado das transformações sociais, em consequência disto, ao Estado foi imposto o dever jurídico constitucional de implementar medidas necessárias e indispensáveis para a constituição e desenvolvimento das famílias. (DIAS, 2011, p. 34).

1.2. Famílias Plurais no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

O Código Civil de 1916 era bastante tradicionalista, pois não adotava a afetividade como um papel relevante, eis que o fundamental era o matrimônio, que se alicerçava na proteção de interesses econômicos. (LÔBO, 2003, p. 204).

A ideia de família como modelo convencional, um homem e uma mulher unidos pelos laços matrimoniais e cercados de filhos, mudou. O conceito de família se pluralizou, surgindo, então, a necessidade de atualizar o termo que a identifica, de modo a abranger todas as suas conformações. (DIAS, 2011, p. 38).

Segundo Dias a “vastidão de mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais produziu reflexos nas relações jurídico-familiares. Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo voltaram-se à proteção da pessoa humana”. (2011, p. 38).

Neste contexto de mudanças, novas formas de convívio vêm sendo criadas em torno da necessidade de criar os filhos, produtos de uniões que nenhuma lei, seja de Deus ou do homem, consegue mais obrigar a se eternizar. (DIAS, 2011, p. 38).

A evolução das relações interpessoais refletiu na conformação da família, que deixou de possuir um significado singular. A mudança na sociedade e nos costumes levou a uma reconfiguração do conceito de família. (DIAS, 2011, p. 39).

Assim, cabe destacar que:

O pluralismo das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família. (DIAS, 2011, p. 39).

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a existência de outras entidades familiares diversas do casamento. Desta forma, agregou no conceito de família a união estável (art. 226, §3º, da CF/88) e a família monoparental, família formada por qualquer um dos pais e seus descendentes (art. 226, §4º, da CF/88). (DIAS, 2011, p. 39).

Neste sentido, Dias afirma:

Agora, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. (2011, p. 40).

A sociedade atual se afastou da ideia do casamento e, conseqüentemente, dos paradigmas que o envolviam (casamento, sexo e procriação). O movimento das mulheres, o surgimento dos métodos contraceptivos e a evolução da engenharia genética fizeram com que o conceito de família evoluísse. As relações extramatrimoniais passaram a ter reconhecimento constitucional e, atualmente, não se pode negar a existência de relações homoafetivas. (DIAS, 2011, p. 40).

O desafio da sociedade atual é encontrar aquilo que identifica as estruturas interpessoais que permita nominá-las como família. Referencial este que só é possível ser identificado na afetividade. (DIAS, 2011, p. 41).

Cumprе salientar que:

É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos. (DIAS, 2011, p. 41).

Os membros das famílias já não têm mais a obrigação de ficarem juntos por conveniência social. Hoje, a família só busca a felicidade dos seus componentes, priorizando a harmonia entre aqueles que optem pela convivência.

No que tange a família matrimonial, o Estado e a Igreja se uniram com o objetivo de regular as relações afetivas. Desta forma, foram estabelecidos limites morais para a formação das famílias. (DIAS, 2011, p. 42).

A Igreja consagrou a união entre um homem e uma mulher como sacramento indissolúvel: até que a morte os separe. A máxima cresci e

multiplicai atribuiu à família a função reprodutiva com o fim de povoar o mundo de cristãos. Daí a origem do débito conjugal como obrigação à prática da sexualidade. (DIAS, 2011, p. 42).

A influência da igreja sob o Estado levou o legislador, no início do século passado, a reconhecer juridicamente apenas a união matrimonial.

Portanto,

O Estado solenizou o casamento como uma instituição e o regulamentou exaustivamente. Os vínculos interpessoais passaram a necessitar da chancela estatal. É o Estado que celebra o matrimônio mediante o atendimento de inúmeras formalidades. Reproduziu o legislador civil de 1916 o perfil da família então existente: matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual. (DIAS, 2011, p. 43)

O casamento era indissolúvel, eis que o Estado tinha um grande interesse em manter o casamento. A mulher ao casar, não podia trabalhar ou administrar os seus bens. O regime da comunhão universal era o regime oficial do Brasil. E o homem era o único elemento identificador do núcleo familiar. (DIAS, 2011, p. 43).

A legislação repudiava toda e qualquer união que fosse fora do casamento, porém, isto não impediu que começassem a surgir vínculos afetivos fora do casamento. (DIAS, 2011, p. 43).

Novas famílias começaram a surgir, todavia, não podiam ser formalizadas. Neste momento, surgiu a Lei do Divórcio, que segundo Dias: “Consagrou a possibilidade de rompimento do vínculo matrimonial, mudou o regime legal de bens para o da comunhão parcial e tornou facultativo o uso pela mulher do nome do marido” (2011, p. 43).

Somente com a Constituição Federal de 1988 é que o casamento deixou de ser a única forma admissível de formação da família. (DIAS, 2011, p. 45).

A família monoparental é aquela cujos vínculos familiares são constituídos por um dos pais e seus filhos, sendo que a mesma passou a ser considerada entidade familiar somente com a Constituição Federal de 1988, que ampliou o conceito de família, passando a tratar da família monoparental no seu art. 226, §4º, que diz:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Todavia, apesar da Constituição Federal de 1988 trazer expressamente o conceito de família monoparental, o legislador, injustificavelmente, omitiu-se ao regular os seus direitos. (DIAS, 2011, p. 48).

A Constituição Federal de 1988, apesar de ter expandido o conceito de família, não enumerou todos os tipos de conformações familiares existentes na sociedade. (DIAS, 2011, p. 48).

A diferença de gerações não pode servir de obstáculo ao reconhecimento de uma entidade familiar. Neste sentido, Dias afirma que:

A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família anaparental. (2011, p. 48).

Desta forma, verifica-se que esta estrutura de convívio pouco se diferencia da entidade familiar monoparental, sendo assim, também merece proteção constitucional. (DIAS, 2011, p. 49).

Já, as famílias pluriparentais ou mosaicos ocorrem quando duas pessoas advindas de relacionamentos diversos estabelecem vínculos familiares através do matrimônio ou da união estável, sendo que uma ou ambas tem filhos provenientes de uma relação anterior. (DIAS, 2011, p. 49).

A família mosaico é caracterizada pela multiplicidade de vínculos, sendo necessário a administração dos seus interesses visando o equilíbrio. Todavia, diversas doutrinas a consideram uma família monoparental, não tendo o legislador, ainda, se manifestado a respeito dela. (DIAS, 2011, p. 50).

A família eudemonista é a entidade familiar identificada pelo seu envolvimento afetivo.

Segundo Dias:

A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. Esse, dos novos vértices sociais, é o mais inovador. (2011, p. 55).

A partir do momento em que as famílias abandonaram o modelo hierárquico e passaram a ser democráticas, deixaram de existir motivos que justificassem a excessiva e abusiva influência do Estado na vida das pessoas. (DIAS, 2011, p. 55).

1.3. Princípios e Tendências no Direito de Família.

Os princípios constitucionais que regem o direito de família não possuem hierarquia entre eles e, diversas vezes, não estão escritos nos textos legais. (DIAS, 2011, p. 59).

Os princípios do direito de família servem para facilitar o trabalho do intérprete em concordância com os interesses e valores por eles analisados. (DIAS, 2011, p. 62).

A monogamia trata-se de uma função ordenadora da família, eis que o Estado tem interesse em manter a estrutura familiar, e não foi criada com base no amor, mas como consequência da propriedade privada sobre o estado primitivo. (DIAS, 2011, p. 60).

A autora ainda destaca que:

Em atenção ao preceito monogâmico, o Estado considera crime a bigamia (CP 235). Pessoas casadas são impedidas de casar (CC 1.521 VI) e a bigamia torna nulo o casamento (CC 1.548 II e 1.521 VI). É anulável a doação feita pelo adúltero a seu cúmplice (CC 550). A infidelidade serve de fundamento para a ação de separação, pois importa grave violação dos deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum (CC 1.572), de modo a, por si só, comprovar a impossibilidade de comunhão de vida (CC 1.573 I). Também esforça-se o legislador em não emprestar efeitos jurídicos às relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar, chamando-as de concubinato (CC 1.727). (DIAS, 2011, p. 60).

Portanto, a monogamia é um sistema de regras morais que visa zelar pelos interesses antropológicos, psicológicos e jurídicos de uma sociedade. (DIAS, 2011, p. 61).

Sobre os princípios no direito de família, podemos destacar o princípio da dignidade da pessoa humana, que se constitui a base da entidade familiar, servindo de garantidor do desenvolvimento das pessoas na comunidade familiar, estando previsto no art. 1º da Constituição Federal de 1988. (DINIZ, 2005, p. 22).

No que tange o princípio da dignidade da pessoa humana, este “é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos”. (2011, p. 62).

Com o surgimento deste princípio o ser humano foi colocado no centro protetor do direito, como consequência a isto o Estado passou a ter o dever de

promover a dignidade através de políticas ativas, garantindo o mínimo existencial para a pessoa humana. (DIAS, 2011, p. 63).

Este princípio, aplicado ao direito de família, traz a ideia de que todas as entidades familiares devem possuir igual dignidade. (DIAS, 2011, p. 63).

Neste sentido, da mesma forma que o ser humano constituiu família, tem ele o direito de não mais participar deste núcleo familiar. Desta forma, os direitos a separação e ao divórcio também estão amparados neste princípio. (DIAS, 2011, p. 63).

O princípio da liberdade tem sua origem no princípio da dignidade da pessoa humana e, segundo Diniz ele foi fundado:

[...] No livre poder de constituir uma comunhão de vida familiar por meio de casamento ou união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado (CC, art. 1.513); na decisão livre do casal, unido pelo casamento ou pela união estável, no planejamento familiar (CF, art. 226, §7º; CC, art. 1.565, §2º), intervindo o Estado apenas em sua competência de propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito; na convivência conjugal; na livre aquisição e administração do patrimônio familiar (CC, arts. 1.642 e 1.643) e opção pelo regime matrimonial mais conveniente (CC, art. 1.639); na liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole (CC, art. 1.634); e na livre conduta, respeitando-se a integridade físico-psíquica e moral dos componentes da família. (2005, p. 22).

A Constituição Federal de 1988 se preocupou em eliminar qualquer tipo de discriminações, desta forma deferiu atenção especial à liberdade e a igualdade. (DIAS, 2011, p. 64).

Contudo, o Código Civil vigente agiu de forma contrária ao princípio da liberdade em alguns dos seus artigos, um exemplo disto é que o mesmo estabeleceu o regime de separação de bens aos maiores de 70 (setenta) anos no seu art. 1.641, inciso II. (DIAS, 2011, p. 64).

O princípio da igualdade jurídica dos cônjuges foi criado com base na ideia de que é necessária a igualdade na própria lei, portanto, não basta que ela seja aplicada de forma igual a todos. (DIAS, 2011, p. 65).

O objetivo central deste princípio é garantir a igualdade de todos os cidadãos no âmbito social, eis que a igualdade está ligada ao conceito de justiça. Neste sentido, Dias afirma (2011, p. 65): “Justiça formal identifica-se com igualdade formal, consistindo em conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Aspira-se à igualdade material precisamente porque existem desigualdades”.

A Constituição Federal de 1988 trouxe de forma expressa este princípio, tendo ido além ao afirmar em seu art. 5º, inciso I, que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Com o surgimento deste artigo o patriarcalismo foi substituído por um sistema em que as decisões da família devem ser tomadas em comum acordo entre o homem e a mulher. Sendo que em último caso, não havendo acordo, não prevalece a vontade de nenhum dos dois, devendo o juiz solucionar os desacordos referentes às questões essenciais de interesse do casal ou dos filhos. (DINIZ, 2005, p. 18).

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 226, §5º, estabeleceu que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]
§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Desta forma, após séculos de discriminação, a desigualdade de gêneros foi eliminada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. Diniz afirma que:

Não há mais, diante do novel Código Civil, qualquer desigualdade de direitos e deveres do marido e da mulher ou dos companheiros, pois em seus artigos não mais existem quaisquer diferenciações relativamente àqueles direitos e deveres. (2005, p. 20).

Com o surgimento da Constituição Federal de 1988 o conceito de família foi modificado, e os casamentos deixaram de ser a única base da entidade familiar. (DIAS, 2011, p. 67).

Neste sentido, Dias afirma que (2011, p. 67): “O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares”.

Desta forma, as entidades familiares que antes não eram advindas do casamento, passaram a serem abrigadas pelo direito de família. (DIAS, 2011, p. 67).

O princípio da proteção integral de crianças e adolescentes tem como base fundamental a Constituição Federal de 1988 que no seu art. 227, §6º, afirmou que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

A implementação destes direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988 devem ser assegurados pela família, pela sociedade e pelo Estado, conforme configura o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), eis que a legislação passou a considerar as crianças e os adolescentes como sujeitos de direito. (DIAS, 2011, p. 68).

O direito à convivência familiar é uma relação construída no afeto, portanto não está ligada à origem biológica da família, sendo vedado pela Constituição Federal de 1988 qualquer tipo de denominação discriminatória entre os filhos. (DINIZ, 2005, p. 21).

O princípio da proibição do retrocesso social expõe que a partir do momento em que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu algum direito ou garantia, não pode um texto proveniente desta estabelecer alcance jurídico social inferior ao que tinha originariamente. (DIAS, 2011, p. 69).

Neste sentido Dias afirma que:

A Constituição Federal, ao garantir especial proteção à família, estabeleceu as diretrizes do direito das famílias em grandes eixos, a saber: (a) a igualdade entre homens e mulheres na convivência familiar; (b) o pluralismo das entidades familiares merecedoras de proteção; e (c) o tratamento igualitário entre todos os filhos. Essas normas, por serem direito subjetivo com garantia constitucional, servem de obstáculo a que se operem retrocessos sociais, o que configuraria verdadeiro desrespeito às regras constitucionais. (2011, p. 69).

O legislador não pode compor privilégios ou diferenças ao estabelecido de forma isonômica pelo Estado em sede constitucional, sendo assim, o legislador precisa ser fiel ao estabelecido na Constituição Federal de 1988. (DIAS, 2011, p. 70).

O princípio da afetividade prevê que a afeição é o fundamento básico para que a vida conjugal perdure. Tanto é que, a separação judicial e o divórcio nada mais são do que a extinção do afeto. (DINIZ, 2005, p.18).

Segundo Dias:

O Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Isso nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado. (2011, p. 70).

A Constituição Federal de 1988 não reconheceu o afeto de forma expressa, porém o reconheceu de forma indireta ao considerar as uniões estáveis como merecedoras de proteção jurídica. (DIAS, 2011, p. 70).

Neste sentido, o Código Civil vigente utiliza do termo afeto ao, segundo Dias (2011, p. 71): “[...] identificar o genitor a quem deve ser deferida a guarda unilateral (CC 1.583 §2º I). Invoca somente a relação de afetividade como elemento indicativo para a definição da guarda a favor de terceira pessoa (CC 1.584 §5º)”.

O princípio da afetividade fez com que os direitos fundamentais fossem respeitados, um exemplo disto, foi que acabou com a discriminação que se tinha entre os irmãos biológicos e adotivos. (DIAS, 2011, p. 71).

O afeto deriva da convivência familiar, sendo assim as obrigações impostas pelo Estado para os cidadãos são criadas visando à felicidade da entidade familiar. Em consequência, a família adquiriu um novo perfil, voltado ao objetivo de realizar os interesses afetivos de seus integrantes. (DIAS, 2011, p. 71).

Ao longo deste primeiro capítulo verificamos o quanto o princípio da afetividade é fundamental, sendo um claro exemplo disto o surgimento da união estável no Brasil. Ponto este que abordaremos no capítulo seguinte.

2. União Estável

2.1. Evolução Histórica da União Estável.

Na fase primitiva, não havia exclusividade nas relações entre o homem e a mulher. As uniões ocorriam sempre em momentos de procriação, sendo que o domínio era sempre do mais forte. (RIZZARDO, 2011, p. 824).

A história mostra evidente normalidade no tratamento das relações extraconjugais. Prova disto, é que os povos gregos e romanos tinham a poligamia como seu regime natural. (RIZZARDO, 2011, p. 824).

Antigamente era comum que um homem se casasse com várias mulheres e, mesmo assim, possuísse suas concubinas. (RIZZARDO, 2011, p. 824).

Com a expansão do cristianismo, esta situação começou a mudar. Neste sentido, Rizzardo afirma:

Na medida em que se implantava a Igreja Católica, ou se expandia o cristianismo entre os povos, combatiam-se as uniões livres e paralelas ao matrimônio oficial ou religioso, dada a insistência da pregação da fidelidade conjugal, vendo-se no matrimônio um sacramento, ou a manifestação de um sinal divino, com a sua indissolubilidade. (2011, p. 825).

Durante a Idade Média houve uma intensa luta contra a poligamia e as uniões extraconjugais. Luta esta, que predominou durante séculos, eis que as relações sexuais fora do casamento eram consideradas pecado. (RIZZARDO, 2011, p. 825).

No Brasil, até o ano de 1989, não era permitido o reconhecimento dos filhos havidos de uniões adulteras ou incestuosas. Em razão disto, os filhos eram divididos entre legítimos e ilegítimos. (RIZZARDO, 2011, p. 826).

O legislador repudiava a união entre um homem e uma mulher para a convivência em um mesmo local, sem vínculos matrimoniais. (DIAS, 2011, p. 167).

A prova disto, é que o Código Civil de 1916, visando proteger as famílias constituídas pelo matrimônio, deixou de regularizar as relações extramatrimoniais, indo além ao puni-las. Neste sentido, Dias afirma: “Vedou doações e a instituição de seguro em favor da concubina, que também não podia ser beneficiada por testamento”. (2011, p. 167).

Os problemas começaram a surgir em 1921, quando do rompimento da união estável, pela separação ou morte de um dos companheiros, as pessoas começaram a procurar o judiciário. (DIAS, 2011, p. 167).

Como as uniões estáveis não tinham previsão legal, eis que se tratavam de meras convivências extraconjugais, foi criado à tese da remuneração pelos serviços da mulher em 1937. (RIZZARDO, 2011, p. 827).

Esta remuneração era realizada na forma de indenização por serviços prestados. Indenizava-se o amor, o carinho e o afeto, como se fosse prestação laboral. (DIAS, 2011, p. 186).

Cabe ressaltar que em meados de 1910 a jurisprudência francesa reconheceu, em favor da mulher, o direito à indenização pelos serviços prestados (RIZZARDO, 2011, p. 826).

Maria Berenice Dias afirmou que:

As soluções encontradas regravam tão só efeitos patrimoniais do relacionamento na tentativa de coibir aberrantes injustiças. Em um primeiro momento, nas situações em que a mulher não exercia atividade remunerada e não tinha outra fonte de renda, os tribunais concediam alimentos de forma “camuflada”, sob o nome de indenização por serviços domésticos, talvez em compensação dos serviços de cama e mesa por ela prestados. (2011, p. 168).

Estas indenizações eram geralmente deferidas às mulheres solteiras que viviam sob o mesmo teto que o homem, igualmente solteiro, durante anos. Sendo necessário que desta convivência houvesse filhos em comum. (RIZZARDO, 2011, p. 827).

O argumento que sustentou esta tese era o da inadmissibilidade do enriquecimento ilícito, eis que, segundo Rizzardo:

A razão estava no postulado de que não se admitia o enriquecimento sem causa, a expensas de outra pessoa. Embora não houvesse nenhum dispositivo que embasasse a indenização, só por isso não era justo se beneficiasse alguém com os serviços prestados pela mulher. Não existia a obrigação de trabalhar gratuitamente para o concubino, o que acontecia apenas no casamento, como justa compensação pelas vantagens econômicas oriundas. (2011, p. 827).

A procura pelo judiciário aumentou consideravelmente, razão pela qual a justiça passou a reconhecer a sociedade de fato. Todavia, para que as partes ensejassem na divisão dos bens adquiridos durante a união estável, era necessário

que ambas provassem a sua efetiva contribuição financeira para a constituição do patrimônio. (DIAS, 2011, p. 168).

Em 1964 o Supremo Tribunal Federal (STF) publicou a Súmula n. 380, que informa: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Somente com a Constituição Federal de 1988, foi que a união estável passou a fazer parte da entidade familiar no Brasil, eis que o seu art. 226, §3º, prevê:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Contudo, a relação concubinária permaneceu sendo tratada no âmbito do direito das obrigações. Não houve nenhum avanço de direitos e as demandas continuaram nas varas cíveis. (DIAS, 2011, p. 168).

Em 29 de dezembro de 1994, com o objetivo de regulamentar a união estável, surgiu a Lei n. 8.971, que garantia o direito a alimentos e a sucessão do companheiro. (RIZZARDO, 2011, p. 829).

Esta lei também estabeleceu que só fossem reconhecidas as uniões estáveis existentes a mais de cinco anos, ou das quais houvesse nascido prole. Assegurou, ainda, ao companheiro sobrevivente, o usufruto sobre parte dos bens deixados pelo de *cujus*. (DIAS, 2011, p. 169).

Em 13 de maio de 1996 surgiu a Lei n. 9.278 que estabeleceu regras para a conversão da união estável em casamento. (RIZZARDO, 2011, p. 829).

Neste sentido, Dias afirma:

Para o reconhecimento da união estável, não quantificou prazo de convivência e albergou as relações entre pessoas separadas de fato. Além de fixar a competência das varas de família para o julgamento dos litígios, reconheceu o direito real de habitação. Gerou a presunção *juris et de jure* de que os bens adquiridos a título oneroso na constância da convivência são fruto do esforço comum, afastando questionamentos sobre a efetiva participação de cada parceiro para proceder à partilha igualitária dos bens. (2011, p. 169).

Por oportuno, cabe ressaltar que este entendimento da autora Maria Berenice Dias não é pacífico, eis que doutrinas diversas entendem que os bens adquiridos na constância da união estável são *juris tantum*.

Diferentemente da Lei n. 8.971, a Lei n. 9.278 não obriga que a parte comprove a sua contribuição na compra dos bens adquiridos durante a união estável. Desta forma, aquele que adquiriu a título oneroso um bem sozinho, não entendendo que a outra parte tenha direito, é que deve provar a compra individual.

O Código Civil de 2002 disciplinou a união estável em cinco artigos (1.723 a 1.727). Assim, Rizzardo destaca que:

Nos dispositivos pertinentes, e que se consolidaram depois de sucessivas emendas, firma-se que 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. (2011, p. 829).

Cabe ressaltar que na redação original do Código Civil de 2002 era estipulado um prazo de cinco anos de união estável, que poderia ser reduzido para três anos nos casos em que houvesse filho em comum. (RIZZARDO, 2011, p. 829).

Ainda que a união estável não exija mais este lapso temporal, a relação deve ter um aspecto de durabilidade e continuidade do vínculo para que se comprove a existência de um relacionamento. (DIAS, 2011, p. 173).

2.2. Dos Requisitos e Impedimentos da União Estável:

Não pode ocorrer a união estável nos mesmos casos em que é vedado o casamento (art. 1.521 do Código Civil). Contudo, segundo Diniz: “Não se aplicando o art. 1.521, VI, no caso de a pessoa casada encontrar-se separada de fato ou judicialmente”. (2005, p. 319).

Diferentemente do casamento, a união estável não pode ser declarada nula, nem pode ser desconstituída por interessados ou pelo Ministério Público. (DIAS, 2011, p. 176).

A união estável não pode ser anulada, retroagindo os efeitos da sentença até a data da celebração, como ocorre no casamento. (DIAS, 2011, p. 176).

O Estado não possui meios para evitar a união estável entre pessoas impedidas, razão pela qual, muitas doutrinas passaram a reconhecer a união estável

putativa, que visa preservar os direitos do companheiro de boa-fé. (DIAS, 2011, p. 177).

O Código Civil prevê causas suspensivas do casamento no seu art. 1.523. Todavia, essas restrições não ocorrem na união estável, eis que descabe limitar direitos quando a legislação não o faz. (DIAS, 2011, p. 177).

Segundo Venosa:

O legislador não foi claro, ou porque não soube, ou porque assim não desejou. Desse modo, é difícil sistematizar os direitos dos companheiros e, muito mais que isso, no casos práticos será por vezes difícil harmonizar efeitos da união estável com efeitos do casamento, quando ambos se apresentam concomitante ou sucessivamente aos olhos do intérprete. (2010, p. 441).

O art. 1.723 do Código Civil não traz expressamente a obrigação da coabitação. (GONÇALVES, 2011, p. 612).

Neste sentido, a Súmula n. 382 do STF prevê: “A vida em comum sob o mesmo teto *“more uxório”*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Todavia, Gonçalves informa: “É difícil, no entanto, imaginar que o casal tenha a intenção de constituir família se não tem vida em comum sob o mesmo teto”. (2011, p. 613).

É necessário que haja entre os companheiros o *“affectio maritalis”*, ou seja, a vontade de constituir uma família. (GONÇALVES, 2011, p. 614).

Gonçalves afirma:

Não configuram união estável, com efeito, os encontros amorosos mesmo constantes, ainda que os parceiros mantenham relações sexuais, nem as viagens realizadas a dois ou o comparecimento juntos a festas, jantares, recepções e etc., se não houver da parte de ambos o intuito de constituir uma família. (2011, p. 615).

A união estável deve ser notória, os companheiros devem ser vistos pela sociedade como marido e mulher. Portanto, é desconhecida a união em sigilo. (GONÇALVES, 2011, p. 618).

O relacionamento dos companheiros deve ser estável, duradouro e contínuo para que ocorra a união estável. Não sendo mais necessário um prazo mínimo para este reconhecimento. (GONÇALVES, 2011, p. 619).

Por fim, deve haver a relação monogâmica. Gonçalves informa: “Como também ocorre nas uniões conjugais, o vínculo entre ambos os companheiros deve ser único, em face do caráter monogâmico da relação”. (2011, p. 623).

2.3. Dos Direitos e Deveres na União Estável.

Diferentemente do casamento, aos concubinos são estabelecidos deveres de lealdade, respeito e assistência (art. 1.724 do Código Civil). Dias afirma: “Em comum há a obrigação de guarda, sustento e educação dos filhos”. (2011, p. 177).

Cabe ressaltar que mesmo que os companheiros descumpram os deveres impostos pela lei, tal inadimplemento não gera efeito algum. (DIAS, 2011, p. 179).

Os companheiros podem escolher o regime de bens através de contrato de convivência. Sendo que, na falta deste, o regime será o de comunhão parcial de bens, conforme prevê o art. 1.725 do Código Civil: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Segundo Dias:

No regime da comunhão parcial, todos os bens amealhados durante o relacionamento são considerados fruto do trabalho comum. Presume-se que foram adquiridos por colaboração mútua, passando a pertencer a ambos em parte iguais. (2011, p. 179).

A constituição da união estável faz com que os companheiros percam o direito de disponibilidade dos bens, eis que se torna necessário a expressa manifestação de ambos para a disposição do patrimônio em comum. (DIAS, 2011, p. 180).

O contrato de convivência prevê a possibilidade dos companheiros, a qualquer tempo, regularem as questões patrimoniais. Sendo possível, ainda, acrescentar efeitos retroativos às decisões. (DIAS, 2007, p. 170).

O art. 1.725 do Código Civil prevê a possibilidade de um contrato escrito, em que os companheiros têm total liberdade para estipularem questões de ordem patrimonial e pessoal. (DIAS, 2007, p. 170).

Este contrato escrito é o então denominado contrato de convivência. E através dele os companheiros possuem a faculdade de escolherem um regime de bens diverso da comunhão parcial. (RIZZARDO, 2011, p. 840).

Segundo Dias: “O contrato de convivência não cria a união estável, pois sua constituição decorre do atendimento dos requisitos legais (CC 1.723), mas é forte indício de sua existência”. (2007, p. 170).

O contrato de convivência pode ser modificado ou revogado a qualquer tempo, desde que esta seja a vontade expressa de ambos os companheiros. Assim como nos pactos antenupciais, o contrato de união estável também deve respeitar o art. 1.655 do Código Civil, que prevê: “É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei”.

Este contrato de convivência pode ser, ou não, feito através de escritura pública. Contudo, recomendasse que o mesmo seja levado para registro ou averbação, eis que somente desta forma geraria efeitos publicísticos. (DIAS, 2007, p. 171).

Com o Código Civil de 2002 se tornou possível pedir alimentos para o companheiro, eis que o art. 1.694 deste dispositivo legal prevê: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

Os alimentos devem ser fixados de acordo com a necessidade daquele que pleiteia e da possibilidade do companheiro obrigado, conforme estabelece o art. 1.695 do Código Civil que “São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”.

Verifica-se, portanto, que os direitos dos companheiros foram equiparados aos direitos dos cônjuges pelo legislador. (GONÇALVES, 2011, p. 628).

O Código Civil de 2002 prevê o direito sucessório entre os companheiros no seu art. 1.790, que estabelece:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Desta forma, o companheiro sobrevivente terá direito a mesma quota atribuída ao filho, se concorrer com os filhos em comuns. Se concorrer com os filhos particulares do *de cuius*, terá direito a metade do que couber a cada um deles. E terá direito, a um terço dos bens, quando concorrer com outros parentes sucessíveis. (GONÇALVES, 2011, p. 636).

O companheiro poderá receber a totalidade da herança, desde que os bens tenham sido adquiridos de forma onerosa, durante a união estável, e não existam parentes sucessíveis. (RIZZARDO, 2011, p. 834).

O convivente não terá direito ao patrimônio adquirido antes da união estável, nem aos bens herdados ou doados. (RIZZARDO, 2011, p. 834).

Neste sentido, Rizzardo afirma:

Conclui-se que tais patrimônios- o formado antes da união e o recebido durante a sua vigência por herança ou doação- não são transmitidos, nas proporções assinaladas, ao companheiro ou à companheira sobrevivente. Vão para os outros herdeiros, ou constituem a herança jacente, se inexistem parentes sucessíveis. (2011, p. 834).

Desta forma, ao companheiro sobrevivente, cabe comprovar que convivia em união estável com o *de cuius* na época do falecimento deste. (RIZZARDO, 2011, p. 835).

O art. 16, inciso I, da Lei n. 8.213/91 assegura os direitos previdenciários decorrentes da união estável, eis que prevê:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
I- o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

Seguindo neste sentido, o art.16, inciso I, do Decreto n. 3.048/99 incluiu os companheiros na qualidade de dependentes. Em seu §5º considerou companheiro ou companheira aquele que mantém união estável com o assegurado ou assegurada. (RIZZARDO, 2011, p. 835).

O art. 22 do Decreto n. 3.048/99 estabelece algumas condições para que o companheiro ou a companheira recebam o benefício previdenciário:

Art. 22. A inscrição do dependente do segurado será promovida quando do requerimento do benefício a que tiver direito, mediante a apresentação dos seguintes documentos:

I - para os dependentes preferenciais:

[...]

b) companheira ou companheiro - documento de identidade e certidão de casamento com averbação da separação judicial ou divórcio, quando um dos companheiros ou ambos já tiverem sido casados, ou de óbito, se for o caso; e

[...]

§ 3º Para comprovação do vínculo e da dependência econômica, conforme o caso, devem ser apresentados no mínimo três dos seguintes documentos:

I - certidão de nascimento de filho havido em comum;

II - certidão de casamento religioso;

III - declaração do imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;

IV - disposições testamentárias;

VI - declaração especial feita perante tabelião;

VII - prova de mesmo domicílio;

VIII - prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;

IX - procuração ou fiança reciprocamente outorgada;

X - conta bancária conjunta;

XI - registro em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do segurado;

XII - anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;

XIII - apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;

XIV - ficha de tratamento em instituição de assistência médica, da qual conste o segurado como responsável;

XV - escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome de dependente;

XVI - declaração de não emancipação do dependente menor de vinte e um anos; ou

XVII - quaisquer outros que possam levar à convicção do fato a comprovar.

O legislador não foi exigente ao estabelecer as condições para que o companheiro ou a companheira passassem a receber o benefício previdenciário, eis que exigiu a apresentação de apenas 03 (três) dos 17 (dezesete) documentos do §3º para demonstrar a dependência financeira existente.

Em hipótese alguma é aceita a inscrição do amante adúltero como dependente na previdência social, eis que o princípio da monogamia veda qualquer união poligâmica. (RIZZARDO, 2011, p. 837).

Quanto à adoção do nome do companheiro ou da companheira na união estável, segundo o art. 57, §2º, da lei de Registros Públicos, a mulher poderá averbar o patronímico do companheiro. (DIAS, 2011, p. 175).

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.100, de 2009).

[...]

§ 2º A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas. (Incluído pela Lei nº 6.216, de 1975).

Desta forma, respeitando o Princípio da Igualdade, já antes mencionado, qualquer um dos concubinos poderá adotar o nome do outro. (DIAS, 2011, p. 175).

O art. 226, §3º, da Constituição Federal de 1988 prevê expressamente que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. (DIAS, 2011, p. 188).

Neste sentido, o Código Civil de 2002 no seu art. 1.726 estabeleceu que: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”.

O pedido de conversão deverá ser encaminhado ao juiz da vara da família, acompanhado dos documentos necessários para o matrimônio, sempre com a participação do Ministério Público. (RIZZARDO, 2011, p. 844).

Preenchidos todos os requisitos, o juiz determinará o prosseguimento do pedido perante o oficial de Registro Público, que deverá fazer a lavratura de proclamas, a fim de que sejam opostos possíveis impedimentos. (RIZZARDO, 2011, p. 844).

Segundo Gonçalves: “Em vez de recorrer ao Judiciário, mais fácil será simplesmente casar, com observância das formalidades exigidas para a celebração do casamento civil”. (2011, p. 642).

A conversão da união estável em casamento não produz efeitos retroativos, passando a valer a partir da data em que se realizar o ato. (GONÇALVES, 2011, p. 642).

Desta feita, na prática, é mais fácil as pessoas casarem diretamente, do que converterem a união estável em casamento, eis que o processo direto do matrimônio é mais célere. (GONÇALVES, 2011, p. 642).

Todavia, com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277, foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal à união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Desta forma, abordaremos no capítulo seguinte a possibilidade de conversão da união estável homoafetiva em casamento.

3. Família Homoafetiva no Direito Brasileiro

A homossexualidade existe desde os primórdios da civilização. Sendo que os primeiros relatos são da antiga Grécia. (DIAS, 2011, p. 196).

Segundo Dias, a homossexualidade: “Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de conviver com homossexuais. É simplesmente uma outra forma de viver”. (2011, p. 196).

O preconceito social que parte da população tem em relação às uniões de pessoas do mesmo sexo é uma consequência da origem da era cristã. (DIAS, 2011, p. 196).

Os Estados, com base nos costumes cristãos, criavam legislações que repudiavam a homossexualidade, a fim de incentivar as pessoas a procriarem, eis que a Europa havia passado por uma diminuição populacional causada pelas epidemias. (VENOSA, 2010, p. 428).

Segundo Dias: “A igreja fez do casamento a forma de propagar a fé cristã: cresci e multiplicai-vos. A infertilidade dos vínculos homossexuais a levou a repudiá-los, acabando por serem relegados à margem da sociedade”. (2011, p. 196).

A discriminação aumentou consideravelmente após alguns anos, quando os homossexuais passaram a serem ligados a feitiçaria. (VENOSA, 2010, p. 428).

Ao longo do tempo os homossexuais foram rotulados e discriminados, tanto é que somente em 1995 que a homossexualidade deixou de ser considerada uma doença passível de tratamento psicológico.

Contudo, muito embora seja uma afronta ao estipulado pela igreja católica e pelo Estado, a felicidade nem sempre será encontrada num relacionamento heterossexual. (DIAS, 2011, p. 196).

O legislador preferiu se omitir no que concerne aos direitos dos homossexuais. Todavia, a ausência de legislação, não significa inexistência do direito. (DIAS, 2011, p. 197).

As uniões entre pessoas do mesmo sexo, também chamadas de uniões homoafetivas, começaram a serem reconhecidas pelo judiciário somente pouco tempo atrás.

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 226, §3º, reconheceu a união estável entre o homem e a mulher. (DIAS, 2011, p. 47).

Entretanto, não pode o Estado deixar de proteger qualquer vínculo que tenha por base o afeto, a estabilidade e a ostensividade, eis que a Constituição consagrou o direito à dignidade da pessoa humana em cláusula pétrea, conforme previsão do art. 1º, inciso III, da CF/88, que prevê:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III - a dignidade da pessoa humana.

As relações homoafetivas tem origem no vínculo afetivo, desta forma devem ser identificadas como entidades familiares e merecedoras de tutela do Estado. (DIAS, 2011, p. 197). Tanto, que o Supremo Tribunal Federal (STF), no dia 05 de maio de 2011, reconheceu a união estável homoafetiva, através da ADI n. 4277, conforme veremos no decorrer deste capítulo.

3.1. Reconhecimento no Ordenamento Jurídico do Brasil a Homossexuais.

As parcerias amorosas entre os homossexuais sempre existiu, sendo que com o passar dos anos e com a evolução dos costumes, um número maior de pessoas passaram a assumir publicamente sua condição sexual. (BRASIL, 2013, p. 02).

Os homossexuais, antes da decisão que permitiu a conversão da união estável homoafetiva em casamento, já haviam conquistado alguns direitos, sendo eles: pensão por morte, adoção e dependência nos planos de saúde e no imposto de renda.

A Instrução Normativa n. 50 de 08 de maio de 2001, estabelece benefícios previdenciários aos companheiros e companheiras homossexuais. (BRASIL, 2013).

Por força do art. 16, inciso I, da Lei 8.213/91, nos termos da IN n. 50/01, admite-se a concessão da pensão para aquele que vive em sociedade de fato com pessoa do mesmo sexo. (BRASIL, 2013).

Sobre a adoção por homossexuais, para que a adoção seja efetivada, ela precisa cumprir certos requisitos visando o bem da criança e do adolescente. (VENOSA, 2010, p. 432).

O adotante precisa ser maior de 18 (dezoito) anos e a diferença de idade entre o adotante e o adotado deve ser de pelo menos 16 (dezesesseis) anos. (VENOSA, 2010, p. 432).

O instituto da adoção deve analisar o conforto, a estabilidade e a afetividade em prol da criança ou adolescente. Sendo que o interesse do adotando deve ser sempre prioridade. (VENOSA, 2010, p. 433). Ainda, sim, “sob esse prisma não existe no ordenamento qualquer proibição expressa acerca da adoção por duas pessoas homoafetivas”. (VENOSA, 2010, p. 433).

Não há nenhuma prova que demonstre que a adoção por pessoas do mesmo sexo seja degradante para a formação do adotado, prova disto é que as pessoas já podiam adotar antes mesmo da aprovação da ADI n. 4277. (VENOSA, 2010, p. 433).

Acerca dos planos de saúde, em 16 de novembro de 2009 foi protocolada uma ação visando à determinação da inclusão de companheiros do mesmo sexo como dependentes nos planos de saúde privados. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2013).

Em 04 de maio de 2010, após a concessão da liminar em dezembro de 2009 pela Justiça Federal de São Paulo, a Agência Nacional de Saúde (ANS) publicou a Súmula Normativa n. 12, que estipula que os companheiros do mesmo sexo podem ser beneficiários de plano privado de assistência à saúde. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2013).

Em 2011, a Receita Federal permitiu que os contribuintes alterassem as declarações dos cinco anos anteriores, a fim de incluir o companheiro do mesmo sexo. (IG, 2013).

Os requisitos para incluir o companheiro ou a companheira homossexual como dependentes são os mesmos estabelecidos para os casais heterossexuais. (SIRECOM, 2013).

Esta permissão foi concedida após uma servidora pública requisitar a inclusão da sua companheira como sua dependente, sendo que o parecer n. 1503/2010, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional foi deferido pelo Ministro Guido Mantega. (SIRECOM, 2013).

3.2. Dos argumentos utilizados a fim de evitar a concessão da união estável homoafetiva.

O art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Neste sentido, muitos foram os argumentos utilizados a fim de evitar a concessão da união estável homoafetiva, como: a afronta à lei divina e ao direito natural; a impossibilidade de procriar; a incentivação a comportamentos considerados desregrados; o enfraquecimento da entidade familiar; e, por fim, uma afronta à moralidade. (BRASIL, 2013, p. 14).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o Brasil passou a ser um Estado laico, sendo assim o argumento de afronta à lei divina vai contra o direito garantido no art. 5º, inciso VI, da CF/88, que prevê:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias;

Estes argumentos são uma ofensa aos princípios da liberdade religiosa e da laicidade do Estado, eis que o Estado não deve embasar as suas decisões nos cultos religiosos, ainda que estes cultos representem a religião majoritária. (BRASIL, 2013, p. 15).

Segundo a ADI interposta perante o STF (BRASIL, 2013, p. 15):

Por isso, as religiões que se opõem à legalização da união entre pessoas do mesmo sexo têm todo o direito de não abençoarem estes laços afetivos. O Estado, contudo, não pode basear-se no discurso religioso para o exercício do seu poder temporal, sob pena de grave afronta à Constituição.

Quanto à afronta ao direito natural, de acordo com a biologia, a homossexualidade é tão natural quanto à heterossexualidade, pois se manifesta

entre os seres vivos, possuindo um forte componente genético. (BRASIL, 2013, p. 15).

A necessidade de procriar não é fundamental à união estável, eis que existem inúmeros outros fatores que levam duas pessoas a optarem pela vida em conjunto. (BRASIL, 2013, p. 16).

A procriação não é indispensável para o reconhecimento da união estável, tanto que, segundo a ADI interposta perante o STF: “nem mesmo se discute o direito à constituição de família por casais heterossexuais inférteis, ou que não pretendam ter filhos”. (BRASIL, 2013, p. 16).

A ideia de que a homossexualidade é um desvio a ser evitado é uma afronta ao princípio da isonomia, além de ser um argumento preconceituoso. (BRASIL, 2013, p. 16).

De acordo com a ADI interposta perante o STF “a homossexualidade é uma condição do indivíduo, não sendo, a rigor, positiva ou negativa, da mesma forma que outras características humanas, como a cor da pele”. (BRASIL, 2013, p. 16).

O argumento de que a homossexualidade incentiva os comportamentos considerados desregrados é errônea, sendo que o Estado, ao reconhecer a união estável homoafetiva, estaria apenas fazendo uso da proteção legal às escolhas afetivas das pessoas do mesmo sexo que querem o reconhecimento desta união. (BRASIL, 2013, p. 17).

O conceito de entidade familiar evoluiu muito nas últimas décadas. O conceito de família deixou de ser aquele em que o homem é o chefe de família e a mulher é a dona de casa submissa. (BRASIL, 2013, p. 17).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º, inciso IV, reconheceu a igualdade entre o homem e a mulher, além de garantir proteção às novas entidades familiares embasadas no afeto e na igualdade. (BRASIL, 2013, p. 18).

Neste sentido, segundo a ADI interposta perante o STF:

Partindo-se desta premissa, é fácil concluir que o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo não enfraquece a família, mas antes a fortalece, ao proporcionar às relações estáveis afetivas mantidas por homossexuais – que são autênticas famílias, do ponto de vista ontológico – a tutela legal que são merecedoras. (BRASIL, 2013, p. 18).

O reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar não modificaria o instituto do matrimônio. (BRASIL, 2013, p. 18).

Atualmente boa parte da população é a favor do reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, prova disso é que houve um aumento considerável nos movimentos homossexuais no mundo. (BRASIL, 2013, p. 19).

O direito não deve ficar estagnado, ele precisa superar o preconceito social e evoluir rumo a uma sociedade mais livre, justa e igualitária. (BRASIL, 2013, p. 19).

3.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 que trata do Reconhecimento da União Estável Homoafetiva.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277 foi proposta, respectivamente, pela Procuradoria Geral da República e pelo Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, com a finalidade de que o Supremo Tribunal Federal (STF) declarasse o reconhecimento, no Brasil, entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos todos os pressupostos da união estável, sendo estendidos para os companheiros homossexuais, todos os direitos e deveres dos companheiros heterossexuais. (BRASIL, 2013, p. 01).

Segundo o STF:

A tese sustentada nesta ação é a de que se deve extrair diretamente da Constituição de 88, notadamente dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, *caput*), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º, *caput*) e da proteção à segurança jurídica, a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. (BRASIL, 2013, p. 03).

A inexistência de legislação específica compromete o gozo dos direitos fundamentais por casais homossexuais. Isto porque não existe uma lei, no Brasil, que confira a estas relações o tratamento das entidades familiares. (BRASIL, 2013, p. 04).

Portanto, tornou-se necessária a intervenção do STF, a fim de garantir aos homossexuais, o direito de terem reconhecidas as suas uniões afetivas. Com as suas respectivas condições jurídicas, patrimoniais e extrapatrimoniais. (BRASIL, 2013, p. 05).

Segundo o voto da Ministra Cármen Lúcia:

Observo, inicialmente, que a conquista de direitos é tão difícil quanto curiosa. A luta pelos direitos é árdua para a geração que cuida de batalhar pela sua aquisição. E parece uma obviedade, quase uma banalidade, para as gerações que os vivem como realidades conquistadas e consolidadas. (BRASIL, 2013, p. 01).

Este julgamento é apenas o primeiro passo rumo à conquista de novos direitos, eis que o preconceito e a violência persistem na sociedade. (BRASIL, 2013, p. 01).

O art. 226, §3º, da CF/88, estabelece que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

O fato de que a Constituição Federal de 1988 tenha se omitido em relação à união estável entre pessoas do mesmo sexo, não significa que a mesma deixou de assegurar o seu reconhecimento. (BRASIL, 2013, p. 30).

Neste sentido:

A rigor, diante do silêncio do texto constitucional, são três as conclusões possíveis: (a) a Constituição proibiu as uniões entre pessoas do mesmo sexo; (b) a Constituição não se pronunciou sobre o assunto, que pode ser livremente decidido pelo legislador, num ou noutro sentido; e (c) a Constituição requer o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, impondo-se, em razão do sistema constitucional, uma interpretação analógica do ser art. 226, §3º.

Os princípios fundamentais acima referidos impõem a terceira opção. (BRASIL, 2013, p. 30).

A aplicação analógica é justificável, porque a união estável homossexual tem como base o afeto, a estabilidade e o objetivo de constituir uma família. (BRASIL, 2013, p. 31).

A Ministra Cármen Lúcia afirma que homens e mulheres, independentemente das suas escolhas de modo de vida, possuem os seus direitos fundamentais à liberdade, igualdade, ao respeito e à intimidade devidamente resguardados pela Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 2013, p. 06).

A Ministra, ainda, alega: A escolha da vida em comum com quem quer que seja é uma eleição que concerne à própria condição humana, pois a afeição nutrida

por alguém é o que pode haver de mais humano e de mais íntimo de cada um. (BRASIL, 2013, p. 06).

Desta forma, ante a ausência de regulamentação infraconstitucional que conduza à união estável homoafetiva, a mesma deverá ser regida pelas mesmas leis que regem a união estável heterossexual. (BRASIL, 2013, p. 32).

Sendo assim, no dia 05.05.2011, ocorreu um grande marco no que se refere aos direitos dos homossexuais, eis que nesta data o STF aprovou a ADI n. 4277 que reconheceu a união estável homoafetiva.

Esta decisão do Supremo Tribunal Federal ocorreu num julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.132 e da ADI n.4277, em que todos os dez Ministros votantes no julgamento se manifestaram pela procedência das respectivas ações constitucionais, determinando que os homossexuais teriam os mesmos direitos da união estável heterossexual.

O Ministro Celso de Mello em seu voto afirmou que:

A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.

Sendo que os argumentos utilizados pelos Ministros foram os seguintes: o não reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar priva os companheiros desta entidade de boa parte dos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais; este não reconhecimento da união estável homoafetiva importa em lesão aos princípios fundamentais da constituição federal; o art. 226, §3º, da CF/88 não é barreira para o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, eis que não veda expressamente esta união; a Constituição Federal de 1988 deve servir como instrumento de inclusão social, não sendo admissíveis preconceitos; é cabível uma interpretação analógica do art. 226, §3º, da CF/88 para tutelar a união estável homoafetiva, sendo que esta união deve ser regida pelas normas que dispõem sob a união estável heterossexual. (BRASIL, 2013, p. 43).

Cabe destacar que com o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidade familiar, os companheiros do mesmo sexo passaram a reconhecer os seguintes direitos: estão sujeitos ao regime geral da comunhão parcial de bens; podem pedir pensão alimentícia em caso de separação judicial; e, direito à sucessão. (FARIELLO; LEÃO; SIMAS, 2013).

3.4. Uniões Estáveis entre Pessoas do Mesmo Sexo: Destaques no cenário nacional e internacional.

Em 21 de dezembro de 2005, antes da aprovação da ADI n. 4277, a então desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias, já havia decidido a favor do reconhecimento do vínculo familiar entre casais do mesmo sexo.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo. (Apelação Cível nº 70012836755, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, julgado em 21/12/2005).

Em 27 de junho de 2011, na cidade de Jacareí em São Paulo, foi realizado o primeiro casamento homoafetivo do Brasil, sendo que os pioneiros foram Luiz André Rezende Souza Moresi e José Sérgio Souza Moresi. (MACHADO, 2013).

A conversão desta união estável em casamento foi autorizada pelo juiz da 2ª Vara da Família de Jacareí, sendo que o Ministério Público foi igualmente favorável a esta decisão. (MACHADO, 2013).

Segundo Rodrigo Machado: “O casal registrou a união estável no dia 17 de maio, um dia depois de o STF ter reconhecido os mesmos direitos dos casais

heterossexuais e 14 dias após darem entrada no pedido de conversão no cartório de registro civil". (MACHADO, 2013).

No dia 17 de julho de 2011, na cidade de Itajaí, ocorreu o primeiro casamento homoafetivo do Estado de Santa Catarina. (COMTEXTOLIVRE, 2013).

O casamento ocorreu entre a juíza titular da 1ª Vara Criminal de Itajaí, Sônia Maria Mazzetto Moroso, e a servidora Lilian Regina Terres. Sendo que Sônia foi a primeira juíza do país a assumir sua homossexualidade. (COMTEXTOLIVRE, 2013).

No dia 25 de outubro de 2011, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por quatro votos contra um, deu provimento ao recurso de duas mulheres que pediram a habilitação do casamento civil.

Neste sentido:

A Turma concluiu que a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição, não é aumentada nem diminuída em razão do uso da sexualidade, e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir famílias da proteção jurídica representada pelo casamento. (BRASIL, 2013).

Desta forma, o STJ reconheceu a legalidade da habilitação para o casamento civil de forma direta, entre companheiros do mesmo sexo.

Segundo o Ministro Marco Buzzi:

A união homoafetiva é reconhecida como família. Se o fundamento de existência das normas de família consiste precisamente em gerar proteção jurídica ao núcleo familiar, e se o casamento é o principal instrumento para essa opção, seria despropositado concluir que esse elemento não pode alcançar os casais homoafetivos. Segundo ele, tolerância e preconceito não se mostram admissíveis no atual estágio do desenvolvimento humano.

No dia 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), aprovou por maioria de votos (14 contra 1) a resolução n. 175, que obriga os cartórios do país a realizarem as uniões estáveis homoafetivas, converterem a união estável homoafetiva em casamento e celebrarem o casamento civil homossexual. (D'AGOSTINO, 2013).

Esta resolução ocorreu por que:

Na prática, muitos cartórios continuavam negando o pedido dos casais alegando ausência de lei, mesmo após o entendimento do STF. Por isso, alguns Tribunais de Justiça, a quem estão subordinados, começaram a obrigar os cartórios a realizar as uniões, por meio de provimentos (instruções administrativas). (D'AGOSTINO, 2013).

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), existem, atualmente, no Brasil mais de 60 (sessenta) mil casais homossexuais. Desta forma, a decisão do CNJ é de forma acertada, eis que amplia as garantias patrimoniais, além de garantir os direitos individuais dos homossexuais que vivem em união estável.

O cartório que descumprir esta decisão poderá responder por processo administrativo. Sendo necessário que a pessoa leve o caso até o juiz da Comarca responsável pelo cartório que negou o pedido, para que ele determine a celebração do casamento. (CNJ, 2013).

A decisão do CNJ, ainda, poderá ser discutida perante o Supremo Tribunal Federal. Sendo que esta decisão somente passará a valer a partir da publicação no “Diário de Justiça Eletrônico”, o que, até então, não tem data para acontecer. (D’AGOSTINO, 2013).

Não obstante ainda exista muito preconceito em relação à união estável entre pessoas do mesmo sexo, em países como Suécia, Noruega e Dinamarca, o casamento entre homossexuais já é permitido. (RIZZARDO, 2011, p. 851).

Segundo Lisboa:

Lei dinamarquesa de 1986 atribui aos homossexuais direitos patrimoniais entre si, tendo o casamento entre eles sido amparado a partir de lei de 1989. Para tanto, aquela lei exige que os parceiros mantenham domicílio em seu território nacional e tenham a nacionalidade dinamarquesa. (2004, p. 250).

Em 1991 a Holanda admitiu que os municípios regulassem as uniões homoafetivas por meio de registro e normatização local. (LISBOA, 2004, p. 250).

Lisboa afirma: “Em 01.10.1993, a Noruega adotou a regulamentação das uniões homossexuais e, além disso, conferiu aos parceiros o poder familiar”. (2004, p. 250).

Em 1994 a Suécia concedeu o poder familiar em favor dos parceiros homoafetivos. (LISBOA, 2004, p. 250).

A primeira Constituição que proibiu, expressamente, a discriminação sexual foi a da África do Sul em 1996. Em 2001, a Holanda permitiu o casamento civil entre homossexuais, desta forma, foi o primeiro país a permitir o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo. (RIZZARDO, 2011, p. 851).

Após o pioneirismo da Holanda, outros 13 (treze) países já passaram a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, sendo eles: Bélgica, Canadá, Espanha, África do Sul, Noruega, Suécia, Portugal, Islândia, Argentina, Dinamarca, Uruguai, Nova Zelândia e França. (G1, 2013).

Destaca-se que a França foi o último destes países a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, eis que somente no dia 29 de maio de 2013, foi celebrado o matrimônio entre os noivos Bruno Boileau e Vicent Autin. (G1, 2013).

Em contrapartida as evoluções mundiais estão os países muçulmanos, que tipificam a homossexualidade como crime, com penas que variam desde a prisão perpétua até a pena de morte. (VENOSA, 2010, p. 428).

Entre os países que penalizam a união entre pessoas do mesmo sexo com pena de morte estão: Irã, Arábia Saudita, Iêmen, Mauritânia, Sudão e algumas regiões do norte da Nigéria e do sul da Somália. (TERRA, 2013).

CONCLUSÃO

Através do presente estudo buscou-se analisar a proteção jurídica das uniões estáveis homoafetivas como entidades familiares sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988, dos princípios que regem o direito de família e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277.

Para se chegar à conclusão que as uniões estáveis homoafetivas podem ser concebidas como entidades familiares, este estudo partiu das transformações ocorridas no Direito de Família depois da aprovação da ADI n. 4277, que reconheceu as uniões estáveis homoafetivas entre pessoas do mesmo sexo.

Antigamente, o conceito de família era bastante limitado, eis que somente eram reconhecidas as uniões advindas do matrimônio.

Com o surgimento da Constituição Federal de 1988, houve uma mudança de paradigmas, pois o afeto passou a ser um dos elementos fundamentais da relação familiar. Sendo assim, as famílias plurais passaram a ser reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Oportunamente, foram analisadas as relações jurídicas de natureza familiar, que passaram a ser disciplinadas, também, pelos princípios do direito de família.

Após, foi realizado um estudo do contexto histórico das uniões estáveis, que passaram a ser reconhecidas pelo nosso ordenamento jurídico depois do advento da Constituição Federal de 1988, sendo que a mesma está regulada, ainda que de forma precária, no Código Civil de 2002.

Foram, também, analisados os impedimentos, os pressupostos, os deveres, os efeitos patrimoniais, os direitos e a possibilidade da conversão da união estável em casamento.

Com a aprovação da ADI n. 4277, em 05 de maio de 2011, a família homoafetiva passou a ser reconhecida como entidade familiar no nosso ordenamento jurídico, eis que passou a ser cabível que a união estável entre pessoas do mesmo sexo fosse regida pelas mesmas normas que regem a união estável heterossexual.

Impedir a proteção e o reconhecimento destas relações homoafetivas como entidades familiares, é repelir o entendimento contemporâneo do Supremo Tribunal Federal, pois a família contemporânea é consagrada no afeto.

Deve-se respeitar, assim, a possibilidade das pessoas livremente optarem pela sua sexualidade, eis que os seres humanos devem ter a liberdade de expressar sua sexualidade, sua afetividade e sua formação familiar.

Através do presente estudo, pode-se verificar que o reconhecimento da união estável homoafetiva é recente, tanto que no dia 14 de maio de 2013, ainda no decorrer dos estudos deste trabalho, foi aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) uma resolução que obriga os cartórios do país a realizarem as uniões estáveis homoafetivas, converterem a união estável homoafetiva em casamento e celebrarem o casamento civil homossexual.

Diante de tudo o que foi exposto, chega-se à conclusão de que todo o debate até então foi válido, pois representaram um avanço nos direitos dos homossexuais. No entanto, o Brasil ainda está “caminhando” em direção aos seus direitos efetivos. Uma prova disto é que, ainda, não houve uma mudança na legislação brasileira que passasse a regulamentar as situações dos homossexuais.

Em que pese todos os direitos já reconhecidos aos homossexuais, nossa sociedade, ainda, possui muitos preconceitos em relação aos mesmos. A nível mundial, isto fica bem evidente, eis que os seguintes países já permitiram o casamento entre pessoas do mesmo sexo: Suécia, Noruega, Dinamarca, Bélgica, Canadá, Espanha, África do Sul, Portugal, Islândia, Argentina, Uruguai, Nova Zelândia e França.

Finalmente, pode-se afirmar que o principal problema em se admitir as relações homoafetivas é o preconceito social. Todavia, sabe-se que o direito está sempre mudando, ainda que de formar lenta, para se adaptar ao mundo contemporâneo, afinal as leis não podem ficar presas no tempo.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEÃO, Naiara; SIMAS, Fernanda; FARIELLO, Danilo. **Herança por morte do parceiro, acesso a plano de saúde e até pensão alimentícia viram benefícios legais de casais de mesmo sexo**. Disponível em:

<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/veja+os+direitos+que+os+homossexuais+ganham+com+a+decisao+do+stf/n1300153607263.html>. Acesso em: 11.05.2013 às 11hrs11min.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A constitucionalização do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas S.A., 2010.

<http://oimpressionista.wordpress.com/2011/05/05/uniao-homoafetiva-julgamento-no-stf-da-adi-4277-e-da-adpf-132/>. Acesso em: 07.05.2013 às 09hrs30min.

Portaria n. 523 do Ministério da Previdência. Disponível em:

<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/portaria+reconhece+parceiro+gay+como+dependente/n1237860945962.html>. Acesso em: 13.05.2013 às 13hrs27min.

http://www.sirecomce.org.br/index.php?option=com_k2&view=item&id=1815:casais-homossexuais-podem-declarar-o-companheiro-como-dependente-no-imposto-de-renda&Itemid=29. Acesso em: 13.05.2013 às 13hrs39min.

http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/sala-de-imprensa/noticias_prdc/17-06-10-2013-ans-determina-que-planos-de-saude-aceitem-parceiro-homossexual-como-dependente. Acesso em: 13.05.2013 às 14hrs18min.

MACHADO, Rodrigo. **Primeiro casamento civil gay do Brasil acontece hoje em Jacareí (SP)**. Disponível em:

<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/06/28/primeiro-casamento-civil-gay-do-brasil-acontece-hoje-em-jacarei-sp.htm>. Acesso em: 15.05.2013 às 21hrs17min.

D'AGOSTINO, Rosanne. **Entenda o casamento gay em cartório**. Disponível em:

<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/05/entenda-o-casamento-gay-em-cartorio.html>. Acesso em: 15.05.2013 às 21hrs54min.

<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/04/parlamento-frances-aprova-o-casamento-homossexual.html>. Acesso em: 03.06.2013 às 13hrs31min.

<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/05/franca-celebra-o-primeiro-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo.html>. Acesso em: 03.06.2013 às 21hrs19min.

<http://noticias.terra.com.br/mundo/cinco-paises-ainda-punem-homossexualidade-com-pena-de-morte,89a865fbf1bda310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Acesso em: 03.06.2013 às 13hrs39min.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4277. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>. Acesso em: 01.05.2013a às 16hrs.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4277. Voto da Ministra Carmen Lucia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CL.pdf>. Acesso em: 01.05.2013b às 17hrs.

_____. Previdência Social. Disponível em: <http://www.brasilprevidencia.com.br/interna.php?referencia=servicos&serv=3>. Acesso em: 11.05.2013c às 10hrs47min.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103687. Acesso em: 03.06.2013d às 20hrs11min.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24686-resolucao-que-disciplina-a-atuacao-dos-cartorios-no-casamento-gay-entra-em-vigor-amanha>. Acesso em: 12.06.2013e às 10hrs55min.