

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

JACQUELINE SOARES DA ROCHA

**UMA ABORDAGEM SOBRE PONTOS AINDA OSCUROS
NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA**

Aracaju
2012

JACQUELINE SOARES DA ROCHA

**UMA ABORDAGEM SOBRE PONTOS AINDA OSCUROS
NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA**

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharelado em Direito.

ORIENTADOR:
Prof. Especialista José Carlos Santos.

Aracaju
2012

JACQUELINE SOARES DA ROCHA
UMA ABORDAGEM SOBRE PONTOS AINDA OSCUROS
NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de bacharelado em Direito à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. José Carlos Santos

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof^a. Dr^a. Clara Angélica Gonçalves Dias

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Ms. Kleidson Nascimento Santos

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico este trabalho ao meu marido Aelson, à minha mãe Solange e aos meus filhos Caio e Camille, por se constituírem diferentemente enquanto pessoas, igualmente belas e admiráveis em essência, estímulos que me impulsionaram a buscar vida nova a cada dia, meus agradecimentos por terem aceitado se privar de minha companhia pelos estudos, concedendo a mim a oportunidade de me realizar ainda mais.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela força espiritual para a realização desse trabalho.

A Mainha Solange e a meu irmão Fábio, que souberam com muito amor e carinho me entender e me ajudar durante essa longa caminhada. Que acreditaram no meu sonho e junto comigo o estão realizando. Sem o amor de vocês não teria conseguido suportar os espinhos que tive de enfrentar durante o caminho. Amo vocês incondicionalmente!

Ao amor da minha vida Aelson, que com muita paciência e compreensão esteve ao meu lado, nos momentos bons e ruins, dando-me forças, incentivando-me, não medindo esforços nunca, ajudando-me a ultrapassar os obstáculos dessa caminhada. Obrigada por me ajudar a realizar esse sonho! Te amo muito!

Aos meus filhos Caio e Camille, vocês são a fonte de inspiração para tudo na minha vida. A minha gratidão pela compreensão, ausência e pelo amor a mim dedicado.

Aos meus sogro e sogra, tios e tias, primos e primas, cunhados e cunhadas, sobrinhos e sobrinhas, enfim, toda a minha família que torceu por mim. Aos meus amigos e minhas amigas de curso que nas horas difíceis estavam sempre prontos a me ajudar. Sentirei saudades das nossas boas conversas, risadas, enfim, dos bons momentos que passamos juntos. Vocês serão sempre muito especiais na minha vida!

A todos os (as) amigos (as) pelo incentivo, pela presença diária nessa longa caminhada, em especial aos meus amigos Izabel e Ânderson, que sempre estávamos juntos nos momentos iniciais e primordiais do curso. Obrigada, meus amigos!

Agradeço ao meu professor orientador, José Carlos Santos, por sua paciência, por sua competência, conhecimento e profissionalismo e por, junto comigo, acreditar que este trabalho valeria a pena! Que Deus continue te abençoando ricamente!

À coordenação do curso de Direito e a todos os professores com os quais pude conviver e aprender com seus ensinamentos. Meus sinceros agradecimentos. Meu muito obrigada a todos que contribuíram, direta ou indiretamente, para que eu conseguisse subir mais um degrau da minha caminhada. Espero contar e estar com

vocês nos próximos degraus que galgarei na minha existência. Deus abençoe a todos! Um carinhoso abraço!

Você não sabe o quanto eu caminhei pra chegar até aqui. Percorri milhas e milhas antes de dormir. Eu nem cochilei. Os mais belos montes escalei. Nas noites escuras de frio chorei [...].

A Estrada – Cidade Negra

RESUMO

A presente monografia versa a respeito de uma breve análise sobre pontos ainda obscuros no reconhecimento na união homoafetiva no Direito Brasileiro e os impactos das decisões emanadas dos tribunais de todo país, diante dos litígios que envolvem os direitos dessa união. Partir-se-á do estudo acerca do casamento e da união estável nos aspectos da evolução, conceito, natureza jurídica, características e suas consequências. Analisou-se a união homoafetiva tomando como base um exame jurídico da Ação Direita de Inconstitucionalidade – ADI nº 4277 – e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132, que foram a mola propulsora para fazer valer o direito homoafetivo. Jurisprudências, leis, doutrinas, artigos e sites foram pesquisados. Verificou-se que o silêncio que rondava o Judiciário foi rompido, não em sua totalidade, mas em grande parte, o que vem a elevar o som do grito de liberdade da sexualidade, da diversidade, da igualdade, que advém das decisões emanadas do Poder Judiciário, com o intuito de assegurar os direitos do homoafetivo, dirimindo-se os conflitos existentes nessas relações. Conclui-se que essas uniões existem, são reais, embora não haja dispositivo legal para o seu reconhecimento, e que através de jurisprudências o judiciário vem atualizando o direito, garantindo o reconhecimento dessas uniões e os seus efeitos, inclusive o casamento homoafetivo.

Palavras-chave: União homoafetiva – Jurisprudências – Decisões - Direito Homoafetivo – Casamento.

ABSTRACT

This monograph focus about a brief analysis of the obscure points that still remains in the homoffective union's recognition relative to Brazilian Law and the impacts of decisions emanating from courts around the country, before the litigation involving the rights of the union itself. The current essay has the objective to bring forward the homoffective unions and the aspects of marriage, evolution, concept, legal nature, characteristics and its consequences as well. The primary analysis is based on a legal examination of Right Action for Unconstitutionality - ADI nº 4277 - and the action of breach of fundamental precept - ADPF nº 132, which was the springboard to assert the homoffective's rights. Jurisprudence, laws, doctrines, articles and websites were searched. The silence that surrounded the judiciary was broken, not at all, but mostly, what comes to elevate the sound of the cry for freedom of sexuality, diversity, equality, that arises from decisions of the Judiciary Power, in order to ensure the homoffective's rights, up settling the conflicts in these relationships. We conclude that these unions exist, they are real, although no legal provision for its recognition, and through jurisprudences the judiciary has been updating the law, in order to guarantee the recognition of these unions and their effects, including homoffective's marriage.

Keywords: Homoffective Union - Jurisprudence - Decisions - Homoffective's Rights
- Marriage.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	DO CASAMENTO.....	15
	2.1 Evolução Histórica.....	15
	2.2 Evolução Histórica no Brasil.....	17
	2.3 Conceito.....	18
	2.4 Natureza Jurídica.....	20
	2.5 Caracteres Jurídico.....	23
	2.6 Das Consequências.....	25
3	DA UNIÃO ESTÁVEL.....	26
	3.1 Evolução Histórica: Do Concubinato à União Estável.....	26
	3.2 Conceitos de Concubinato e União Estável.....	28
	3.3 Requisitos Caracterizadores da União Estável.....	30
	3.4 Previsão Legal da União Estável.....	32
4	UNIÃO HOMOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO.....	36
	4.1 Evolução Histórica da Homossexualidade.....	36
	4.2 Julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo Supremo Tribunal Federal.....	39
	4.2.1 Breve Histórico da Decisão.....	39
	4.2.2 Do Voto.....	41
5	DOS DIREITOS ADQUIRIDOS.....	44

5.1 Da Adoção.....	44
5.2 Da Concorrência Sucessória.....	48
5.3 Dos Alimentos.....	48
5.4 Do Direito Previdenciário e Assistência Médica.....	50
5.5 Da Partilha de Bens Adquiridos pelo esforço Comum.....	53
6 DO CASAMENTO HOMOAFETIVO.....	56
6.1 Do Casamento Homoafetivo: Conversão a Partir da União Estável.....	56
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS.....	62
ANEXOS.....	67
ANEXO A.....	67
ANEXO B.....	75

1 INTRODUÇÃO

Há algumas décadas, casais do mesmo sexo tentam alcançar, em um processo de superação de preconceitos e de discriminações, viver a plenitude de sua orientação sexual, assumindo publicamente suas relações homoafetivas. Com o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo, levantou-se apenas a ponta do *iceberg*, deixando obscuros diversos pontos que, ao compasso do tempo, são clareados, e o direito aplicado em sua plenitude, reconhecendo-se a orientação sexual através de julgados. Porém, ainda falta a positivação jurídica para nortear tais uniões. Enquanto isso, surgirão lacunas ainda não pensadas, e outras serão preenchidas, deixando de estar à margem do direito, como a adoção, a concorrência sucessória, os alimentos, o direito previdenciário e assistência médica, a partilha de bens adquiridos pelo esforço comum e, inclusive, a conversão da união estável homoafetiva em casamento. Deste modo, os tribunais brasileiros estão utilizando a analogia em relação aos direitos advindos das uniões entre homem e mulher para casais do mesmo sexo.

Este tema foi escolhido por ser novo e em evidência, mesmo se tendo a consciência de que haveria dificuldades em relação à disponibilidade de material para consulta. Por isso, foi necessário buscar fontes primárias – as quais impuseram a necessidade de um tempo maior para a realização do trabalho – e dados necessários para a conclusão deste trabalho científico. Este problema não impediu a realização da pesquisa, mas foi levado em consideração para que o tempo institucional não fosse ultrapassado. Sabia-se também que haveria diversos riscos: o primeiro deles era o de se trabalhar no domínio às vezes fluido da interdisciplinaridade, como o direito constitucional, o direito de família, o direito previdenciário, entre outros, colocando-se logo sob o fogo cruzado dos estudiosos de cada uma destas áreas.

Outro ponto de relevância também limitador foi o tempo disponível para a realização do trabalho de pesquisa, pois se teve que levar em consideração a quantidade de atividades que deveria ser cumprida para a realização do presente trabalho, juntamente com as tarefas que seriam desempenhadas no cotidiano, não relacionadas à pesquisa, como também outras disciplinas da faculdade, já que se estaria em fase de conclusão do curso.

Para se alcançar os objetivos propostos no trabalho em tela, utilizou-se o método dedutivo, com a finalidade de provar que um fato é uma amostra de algo que já foi estudado e fundamentado, abordando qualitativamente através da pesquisa bibliográfica, análises de jurisprudências, legislações e doutrinas, sendo complementados, quando houve a necessidade, por artigos e outros meios de informação, como: periódicos, revistas, boletins, jornais, internet.

Faz-se necessário, para uma melhor compreensão do tema proposto, o entendimento de alguns conceitos, como o casamento, o concubinato, a união estável e a entidade familiar, para finalmente se chegar ao ponto específico da monografia: a união estável homoafetiva.

O presente trabalho científico está dividido em seis capítulos, os quais foram escritos de forma descritiva. O primeiro capítulo da presente monografia é a introdução, que traz um panorama geral, apresentando o tema, a metodologia empregada, o objetivo e a metodologia utilizada para atingir a finalidade do trabalho ora em comento. Destacaram-se os capítulos que a compõem e sobre o que versam.

O segundo capítulo aborda a origem do casamento partindo do Direito Romano, por ser o berço do Direito Civil, no qual foram analisadas as várias interpretações. Destacou-se a transformação do casamento por elementos caracterizadores como a liberdade de escolha e o *affectio maritalis*. Discorreu-se também a respeito da evolução do casamento no Brasil, a detenção das regras do casamento pela igreja católica, a transferência da normatização para o Estado, com a chegada da República, e a consagração do conceito de família, resultando em profundas modificações em seu paradigma, como também a dissolução dela através do desquite e depois do divórcio. Com o advento da Constituição de 1988, surgiram outras formas de se constituir família, tais como a monoparental e as advindas das uniões não oficializadas. Em contra-senso, descobriu-se que o Código Civil de 2002 apenas teve como novidade a união estável, mas furtou-se em destacar as famílias monoparentais.

Neste capítulo ainda foi conceituado o casamento, observando que é o alicerce da família. Informou-se que houve um conceito o qual deu origem aos demais. Relatou-se que não há mais a necessidade de haver a prole para a concretização do casamento. Ponderou-se a respeito da natureza jurídica do casamento, se trata de instituição, contrato ou um misto das duas naturezas. Falou-

se também sobre os caracteres jurídicos e as consequências do casamento.

O terceiro capítulo aborda o concubinato e a união estável, como eram vistos os relacionamentos não tutelados pelo ordenamento jurídico, a edição das Súmulas 380 e 382 pelo Supremo Tribunal Federal, definindo as questões a respeito da partilha e características indispensáveis para a caracterização do concubinato. Versa também sobre a primeira legislação que se manifestava acerca da união estável e quem poderia nela se enquadrar. Ela regulou o direito aos alimentos e à sucessão, inclusive distinguindo o concubinato puro do impuro.

Conceituou-se o concubinato e a união estável em conformidade com doutrinadores. Ponderou-se sobre seus elementos caracterizadores, como a ausência de matrimônio civil válido e impedimentos matrimoniais, notoriedade e afeição recíprocas, fidelidade e o *animus* de constituir família. Num primeiro momento, analisou-se o reconhecimento da união estável, sendo essa elevada constitucionalmente ao patamar de entidade familiar merecedora de especial proteção do Estado. Após, de forma sucinta, abordou-se o conceito e os pressupostos da união estável, analisando e criticando os diferentes tratamentos recebidos por esse instituto. Pode-se dizer que esse estudo é de suma importância para a compreensão do tema proposto, pois serve como "alicerce" para as críticas, indagações e conclusões.

No quarto capítulo, pesquisou-se sobre a origem e a evolução histórica do homossexualismo: em que momento foram identificados, a sua aceitação na sociedade antiga, o motivo da sua aceitação e em qual momento o homossexualidade foi marginalizada. Discorreu-se sobre a análise do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4722 pelo Supremo Tribunal Federal. Foi feito um breve histórico do contexto social antes de adentrar nas discussões de tais ações; após, analisou-se o fundamento do voto do Ministro Carlos Ayres Britto.

O quinto capítulo é onde se concentra o âmago da questão proposta no tema dessa monografia. Apresenta-se um estudo de entendimentos doutrinários e principalmente jurisprudenciais dos direitos adquiridos em virtude da ADIN e a ADPF citadas, tais como: a possibilidade da concorrência sucessória da companheira ou companheiro com o cônjuge sobrevivente nas uniões homoafetivas, dos alimentos, do direito previdenciário e assistência médica e da partilha de bens adquiridas do esforço comum.

No sexto e último capítulo, discorreu-se a respeito do casamento homoafetivo, a sua conversão a partir da união estável homoafetiva. Demonstrou-se também como está agindo o Judiciário através de julgados que emanam com a finalidade de abrandar os anseios desse segmento da sociedade.

Em suma, não se tem por objetivo exaurir todas as discussões a respeito do tema, pois nem mesmo a Constituição Federal, nem o Código Civil, conseguiram acompanhar e contemplar todas as indagações e inquietações do Direito de Família contemporâneo. Porém, o intento é contribuir para a formação de um pensamento jurídico sistematizado e esclarecer as dúvidas que se somam.

2 DO CASAMENTO

O presente capítulo tem a finalidade de realizar um breve estudo a respeito do casamento no direito brasileiro, sua evolução histórica e natureza jurídica. Será discorrido ainda sobre seus efeitos legais, consequências e finalidades.

2.1 Evolução Histórica do Casamento

Por se tratar de um tema bastante controvertido, será feita uma análise da evolução da família através dos tempos, visto que, diante da dinâmica em que novas hipóteses surgem a cada dia sem oferecer embasamento, fundamentação e provas seguras que possam dirimir dúvidas surgidas, tentar-se-á ser o mais fiel possível nesse estudo ora apresentado.

Assim, a pesquisa que ora se faz partirá do Direito Romano, berço do Direito Civil Brasileiro, tentando acompanhar a evolução historiográfica do casamento, sem desmerecer, contudo, as demais civilizações.

Os romanos não tinham como parâmetro os laços sanguíneos para determinar os laços familiares, mas sim o culto à religião em comum a que as pessoas pertenciam e como tais eram identificadas. Formavam dois grupos: um principal e outro secundário. O primeiro grupo, composto pelo *pater*, era o alicerce da família, aquele que detinha o poder soberano sobre todos os membros da família. Era o orientador religioso, o sacerdote, o legislador. No segundo, ficavam os serviçais e os clientes, os quais davam coesão e unidade à religião à qual pertenciam¹.

As mulheres da família eram submetidas às vontades dos pais, de quem eram dependentes. Entretanto, depois do casamento, deviam obediência unicamente ao marido, este escolhido previamente pelo pai. Alguns pais, tendo filhas pequenas, já escolhiam o marido para as filhas, caso eles viessem a falecer antes delas alcançarem idade para o casamento. Na falta dos pais, eram os tutores que determinavam com quem a mulher tutelada se casaria. Então, após o casamento, ela só poderia participar dos cultos presididos por quem estivesse subordinada².

1 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: Direito de família. v. VI. São Paulo: Atlas; 2008. p. 21.

2 Id. *Ibid.*

O matrimônio religioso era considerado um laço sagrado. Contudo, havia algumas outras formas de casamento, entre eles aquele em que a mulher era considerada uma propriedade e poderia ser vendida por quem detinha o pátrio poder. Existia também o matrimônio denominado de *usus*, uma espécie de usucapião no qual a mulher era adquirida pela posse. Passado o prazo de um ano sob a 'propriedade' do marido, se houvesse algum tipo de vício/defeito, ele poderia devolvê-la ou continuar em posse dela. Porém, nada seria pago, já que a mesma não estava em perfeitas condições³.

Havia também a *confarreatio*, casamento dos patrícios, que eram os cidadãos romanos. Equivalia ao matrimônio religioso e se distinguia dos outros pela oferta de um pão de trigo aos deuses. No Império, essa forma de casamento deixou de ser adotada. Outra possibilidade de matrimônio era a *coemptio*, matrimônio dos plebeus, aqueles que não eram cidadãos romanos⁴.

Essa noção de posse que é dada ao casamento perdurou durante muito tempo, pois não se vislumbrava uma base ou fundamentos na família ou organização familiar. Com a evolução da sociedade, abriram-se caminhos para transformações baseadas nos anseios sociais da época e foi incorporado ao casamento a característica da liberdade, exigindo-se: o consentimento dos nubentes, a capacidade e a inexistência de impedimentos.

Do mesmo modo, foi conferido um importante requisito ao matrimônio, o *affectio maritalis*, cujo significado é “afeição conjugal”, assinalado por Gonçalves⁵: “é absolutamente necessário que haja entre os conviventes, além do afeto, o elemento espiritual caracterizado pelo ânimo, a intenção, o firme propósito de constituir uma família”. Hoje, inclusive, as decisões dos tribunais são tomadas com base nesse requisito, constituindo assim, o grande divisor de águas para o casamento, descaracterizando a posse como elemento preponderante para a celebração do matrimônio⁶.

3 VENOSA, op. cit., nota 1, p.22.

4 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de Família. v. 5. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64.

5 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: Direito de Família. v. VI. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 542.

6 DINIZ, op. cit., p. 58.

2.2 Evolução Histórica do Casamento no Brasil

Durante muitos anos, a Igreja Católica manteve em seu poder o monopólio do direito matrimonial no Brasil, compondo a única forma de casamento existente. O Decreto de 03 de novembro de 1827 instituiu que todo ato nupcial passaria a ser regido pelo Concílio Tridentino e pelas Constituições do Arcebispado da Bahia. Em 1861, foi editada a Lei nº 1.144, que expôs três opções de ato nupcial que poderiam ser adotados no Brasil: o católico, celebrado segundo as normas do Concílio de Trento e das Constituições do Arcebispado da Bahia; o misto, entre católicos e acatólicos, consoante as regras do direito canônico; e o acatólico, pessoas de diferentes seitas seguindo as regras e crenças das mesmas⁷.

Com o advento da República, findou-se a hegemonia do poder da Igreja sobre o casamento, cedendo-se ao Estado poderes para sua normatização. No dia 24 de janeiro de 1890, o então presidente da República, Marechal Deodoro da Fonseca, promulgou o Decreto nº 181, instituindo o casamento civil no Brasil, deixando de conferir qualquer valor ao matrimônio religioso. O Estado jamais se permitiu perder os poderes que possui com relação à instituição do casamento para favorecer qualquer religião. Desse modo, a intervenção do Estado na missão essencial de regular o casamento é vista como uma forma de regular a própria existência, como bem observa Laurent⁸, segundo o qual o matrimônio é o “fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada”.

A indissolubilidade do casamento adveio do conceito de família e foi consagrado pelas Constituições Federais do Brasil e pelo Código Civil de 1916, pois a única forma de constituir uma família era através do casamento, não havendo outra forma de união entre duas pessoas que fosse aceita. A única forma de romper o casamento era o desquite, o qual não dissolvia o vínculo matrimonial, apenas impedia um novo casamento, mantendo-se a concepção matrimonializada do casamento⁹.

Veio então a Lei do Divórcio. Com ela, o desquite se converteu em separação, compondo assim duas formas de cessar o casamento, o divórcio e a

7 DINIZ, op. cit., nota 4, p. 65.

8 LAURENT. Principes de droit civil français. 5 ed. Paris. v. 2. p. 527, apud Maria Helena Diniz. **Direito civil brasileiro**. Direito de Família. v. 5. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51.

9 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 139.

separação. Mesmo com tal evolução, havia a tentativa de manter a família, pois, para que se tivesse direito a alguma das formas de separação, era necessário cumprir um dos dois requisitos: ou os cônjuges deveriam ter passado um longo tempo casados, ou deveria ser apontado um culpado pela separação. A dinâmica da estrutura social do Estado fez com que a Constituição de 1988 desse uma maior abrangência ao conceito de família, indo além das fronteiras do casamento, ponderando inclusive outros modos de formação de famílias, como a formada por um dos pais com seus filhos, a chamada família monoparental; também a união entre um homem e uma mulher não oficializada pelo matrimônio, a chamada união estável, e as famílias homoafetivas, aquelas formadas pela união de dois homens ou de duas mulheres, quebrando-se assim todo o rigor, até então por imposição estatal, acerca do casamento como única forma de constituição da família.

O Código Civil de 2002 não trouxe muitas novidades. Não se referiu às famílias monoparentais e incorporou apenas a união estável, detalhando minuciosamente o casamento tradicional, como se fosse a única forma de união entre um homem e uma mulher a ser seguida por todos que queiram constituir uma família, questão esta que será discutida mais adiante.

2.3 Conceito de Casamento

Embora haja diversas instituições no Direito, o casamento é o alicerce da família. A doutrina, sempre que buscou conceituar o casamento, deparou-se com a complicada tarefa de reunir, numa definição, os múltiplos aspectos que compõem este instituto jurídico, até porque a evolução histórica e social do casamento apresenta novos elementos substanciais que alteram o conteúdo e a estrutura matrimoniais.

Inúmeras definições surgiram a partir da definição de Modestino: *Notei som conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*, ou seja, casamento é a conjunção do homem e da mulher, que se unem para toda vida, a comunhão do direito divino e do direito humano¹⁰.

10 RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: direito da família. v. 6. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 19.

A partir daí, diversos autores definiram o casamento, dando a sua devida contextualização. É definido por Fiúza¹¹ como a “união estável e formal, entre homem e mulher, com o objetivo de satisfazer-se e amparar-se mutuamente, constituindo família”. É formal, por seguir um rito de celebração prescrito em lei. Deve ser contraído entre homem e mulher, que têm o objetivo de obter satisfação e amparar-se mutuamente, ou seja, “a família é consequência do casamento”¹², mesmo que não haja filhos.

Atualmente, não é necessário fazer menção à prole, porque embora normalmente os cônjuges objetivem filhos, a falta deles não afeta o casamento. Desta forma entende Gonçalves¹³, com o seguinte exemplo: “[...] podem casar-se pessoas que, pela idade avançada ou por questões de saúde, não tem condições de procriar. E nunca se pensou em anular todos os casamentos de que não advenham a prole”.

Nem sempre a felicidade é obtida da forma almejada, pois a vida é cheia de empecilhos, dificuldades e obstáculos que precisam de superação. No entanto, para que essa superação seja feita, a mútua assistência é primordial.

Segundo Dias¹⁴, casamento “significa o ato de celebração do matrimônio como a relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial”; e completa: “o sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão de vida ou da comunhão de afetos”, saindo da esfera de palavras formais e dando ênfase ao abstrato, relevando aspectos antes rejeitados na formação de uma família, o afeto.

A comunhão de vidas é a concretização do casamento tanto pelo vínculo conjugal como pelo vínculo de parentesco por afinidade. Com o casamento, os nubentes adquirem a condição de casados, tornam-se dependentes do regime de bens, feito pelo pacto antenupcial, que pode ser mudado no decorrer do casamento, e são detentores da titularidade exclusiva do patrimônio¹⁵.

Com a finalidade de resguardar a família iniciada pelo casamento, antevê distintas obrigações dos cônjuges, como se observa no artigo 1.566 do Código

11 FIÚZA, César. **Direito Civil**: Curso completo. 14. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 965.

12 Id. Ibid.

13 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito da família. v. 6. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 23.

14 DIAS, op. cit., nota 9, p. 141.

15 VENOSA, op. cit., nota 1, p. 25.

Civil¹⁶, “as convenções matrimoniais dividem-se em convenções antenupciais e convenções pós-nupciais, consoante sejam celebradas antes da celebração do casamento ou durante a vigência da relação matrimonial”. Em relação à vida em comum no domicílio conjugal, tal previsão legal decorre da união dos cônjuges, da intenção que há em se iniciar uma família, iniciando pela satisfação mútua das necessidades sexuais. O desamparo do lar e a recusa à conjunção carnal são omissões do dever de coabitação. Inobstante, não pode um cônjuge forçar o outro a cumprir a obrigação, sob pena de transgressão do preceito constitucional da liberdade individual.

O casamento funda-se na união afetiva matrimonializada pelo rito formal da celebração. No entender da melhor doutrina, um negócio jurídico constituído pelo consentimento recíproco de um homem e uma mulher, na forma da lei, estabelecendo a criação de sociedade e vínculo conjugais disciplinados pelo direito positivo, originando a família e os efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais dela decorrentes.

2.4 Natureza Jurídica do Casamento

Há uma grande discussão entre os doutrinadores sobre a natureza jurídica do casamento, o que a torna uma matéria bastante controvertida, porquanto não há uma harmonia a seu respeito na doutrina.

O entendimento clássico, também chamado de individualista ou contratualista, originou-se do direito canônico, consoante o qual a concordância dos nubentes é o elemento preponderante na constituição do vínculo do matrimônio. A escola jusnaturalista acolheu esta concepção, a qual inspirou várias legislações, inclusive o Código de Napoleão. Aqui, o casamento é um contrato civil, submetido às normas dos contratos comuns, acrescentando a este o consentimento dos nubentes¹⁷.

Gonçalves¹⁸ entende que o casamento é um contrato, cuja validade e eficácia decorrem tão somente da vontade das partes. Sílvia Rodrigues¹⁹ explica que

16 BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Planalto, 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

17 DINIZ, op. cit., p. 54.

18 GONÇALVES, op. cit., nota 5, p. 24.

19 RODRIGUES, op. cit., nota 10, p. 20.

a corrente contratualista prosperou a partir do início do século XVII e representa uma reação à ideia de caráter religioso, que via no casamento apenas um sacramento.

A doutrina contratual trazia consequências importantes, pois, se o casamento representava mero contrato, ele necessariamente poderia dissolver-se por um destrato. Assim, a sua dissolução ficaria na dependência do mútuo consentimento.

Em oposição à teoria contratualista, surge a teoria institucionalista. Tal concepção defende que o matrimônio é uma instituição social, sendo que o caráter que prevalece no casamento é o institucional. Lafayette²⁰ diz que “o casamento atenta sua natureza íntima, não é um contrato, antes difere profundamente, em sua constituição, no seu modo de ser, na duração e alcance de seus efeitos.”

A corrente institucionalista aponta vários fatores que distinguem o contrato da instituição. Nesse sentido, Diniz²¹ menciona Guillermo Borda, que destaca as diferenças. Segundo ele:

- a) O contrato é uma especulação, o vendedor procurando o preço mais alto e o comprador o mais baixo; na instituição há um “*consortium*”, onde os interesses são coincidentes;
- b) O contrato rege-se pela igualdade; a instituição pela disciplina;
- c) O contrato é uma relação que só produz efeitos entre as partes; a instituição impõe deveres tanto para as partes quanto para terceiros;
- d) O contrato é uma relação exterior aos contratantes, é um laço obrigacional; a instituição é uma interiorização;
- e) O contrato representa uma trégua na batalha dos direitos individuais, sendo produto da consciência; a instituição é um corpo cujo destino é ser compartilhado por seus membros, portanto produto da comunicação;
- f) O contrato é precário, desata-se como foi formado, extinguindo-se com o pagamento; a instituição é feita para durar;
- g) O contrato é uma relação subjetiva de pessoa a pessoa; as relações institucionais são objetivas e estatutárias.

Diante de tais considerações em oposição ao entendimento de que casamento é o mesmo que contrato, segundo Diniz²², “observamos que equiparar o casamento ao contrato é dizer que o matrimônio é uma venda ou uma sociedade, deixando de lado a sua real finalidade”.

20 PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito de família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p. 34.

21 BORDA, Guilherme. **Tratado de derecho civil argentino**. Buenos Aires: Abeledo-Perro, 1969. v. 1. p. 40. In: Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. v. 5. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 56.

22 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito de família. 37 ed. v 2. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 10-11. in: Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. v. 5. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 56-57.

Na mesma vertente, Dias²³ ressalta que “os pressupostos dos contratos do direito privado não são suficientes para explicar a sua natureza. O casamento é negócio jurídico bilateral que não está afeito à teoria dos atos jurídicos”.

Uma terceira concepção de natureza mista surgiu da união destas duas teorias, a qual compreende o casamento como um ato complexo, que é ao mesmo tempo contrato e instituição. Rodrigues²⁴ discorre:

Em rigor, se a mera ideia de um contrato, semelhante aos demais contratos de direito privado, não é suficiente para explicar a natureza do casamento, pelo menos como a lei disciplina, o conceito de instituição, na forma acima exposta, tampouco basta para explicá-la. Trata-se, sem dúvidas, de ato complexo, em que se une o elemento volitivo ao elemento institucional.

O Código Civil de 2008, em seu artigo 1.535, esclarece:

Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados”.

Corroborando com o exposto acima, Pontes de Miranda²⁵ afirma que:

[...] o matrimônio se faz por meio de contrato, mas contrato de direito de família, no caso de celebração confessional, conforme a concepção do seu direito matrimonial. Mas o registro civil confere ao casamento existência jurídica e efeito civil. E tais efeitos destacam, não são de regras contratuais – resultam do instituto mesmo.

Com muita propriedade finaliza Venosa²⁶: “[...] pode-se afirmar que o casamento-ato é um negócio jurídico: o casamento-estado é uma instituição”. Diante de tais conceitos, podemos dizer que o casamento é uma instituição, na qual os cônjuges ingressam por livre e espontânea vontade, na forma prevista em lei, motivo pelo qual se dá ao casamento a natureza jurídica de contrato de direito de família, podendo distinguir-se, então, o contrato casamento dos outros contratos de direito privado.

23 DIAS, op. cit., nota 9, p. 143.

24 RODRIGUES, op. cit., nota 10, p. 20.

25 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito de família. v. I. 3. ed. São Paulo: Max Limonad. 1947. p. 94, apud DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de Família. v. 5. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 70.

26 VENOSA, op. cit., nota 1, p.26.

2.5 Caracteres Jurídicos do Casamento

O ato nupcial está sujeito às condições indispensáveis, disciplinadas por normas de ordem pública para que seja válido e eficaz. Sendo estas normas contrariadas, o casamento torna-se nulo. O casamento possui diversas características, algumas peculiares a determinados sistemas jurídicos, podendo ser destacados os seguintes caracteres:

a) *É ato eminentemente solene*, já que o casamento é um dos atos mais repletos de formalidades do direito civil. Elas servem para dar mais segurança ao ato, garantir sua validade e ressaltar sua seriedade. O ato matrimonial inicia-se com o processo de habilitação e publicações de editais, desenvolve-se na cerimônia em que é celebrado e continua no registro do livro próprio. Quanto à celebração, segundo Dias²⁷, “o ato nupcial tem que ser presidido por uma pessoa competente, ou seja, o ato deve ser presidido por pessoa habilitada”. Comungando com tal entendimento, Gonçalves²⁸ ressalta: “o não cumprimento das formalidades exigidas torna o ato inexistente”.

b) *As normas que o regulamentam são de ordem pública* e, conseqüentemente, não podem ser revogadas por convenções particulares. As normas estão acima das convenções dos nubentes²⁹, como discorre Sílvio Rodrigues³⁰ sobre as normas que regulam o casamento,

[...] impondo deveres aos cônjuges, regulando o comportamento de cada qual, visando não só assegurar a harmonia do casal, como também garantir o melhor meio de preservar um instituto cuja sobrevivência representa a própria sobrevivência do Estado.

c) *Permite liberdade de escolha dos nubentes*, sendo esta uma característica advinda do seu caráter pessoal. Segundo Diniz³¹, “o matrimônio repousa no mútuo consenso dos interessados, se houver ausência total de consentimento ter-se-á o casamento ato inexistente”. Corroborando com a mesma ideia, Venosa³² diz: “neste sentido, podemos dizer que cabe unicamente aos nubentes manifestar a sua

27 DIAS, op. cit., nota 9, p 155.

28 GONÇALVES, op. cit., nota 5, p. 27.

29 DINIZ, op. cit., nota 4, p. 58.

30 RODRIGUES, op. cit., nota 10, p. 22.

31 DINIZ, op. cit., nota 1, p. 53.

32 VENOSA, op. cit., nota 1, p. 28.

vontade”. Assim, concluímos que não havendo o consentimento dos interessados, o ato se torna nulo. A manifestação tem que ser de livre vontade, pois a escolha do cônjuge só é válida se for livre e consciente. Reconhece-se que a liberdade de casar corresponde a um direito de personalidade, pois tutela um interesse fundamental do homem, garantido pelo artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem³³. De acordo com Oliveira³⁴:

Além de ser um princípio fundamental, a liberdade nupcial possui ordem pública, pelo que se considera inadmissível a restrição à liberdade pessoal de casar e inserção de cláusulas de celibato ou e viuvez em determinados contratos ou testamento.

d) Não comporta termo ou condição, constituindo assim negócio jurídico puro e simples³⁵.

e) *União permanente e exclusiva*. Ninguém se casa com o intuito de futuramente se separar. Casa-se para sempre. Mesmo que não haja como continuar casados, no primeiro momento a vontade é que seja eterno. Assim discorre Diniz³⁶:

Se duas pessoas contraem matrimônio, não o fazem por tempo determinado, mas por toda vida, mesmo que venham separar-se ou divorciar-se e tornem a se casar novamente existe sempre, em regra, um desejo íntimo de perpetuidade, ou seja, de permanência da ordem conjugal e familiar.

Segundo o Código Civil, esta característica é a mais importante, o dever conjugal, sendo ele a pedra angular do matrimônio, não podendo ter os cônjuges outra relação estranha ao casamento. A vida a dois só poderá ser perfeita se houver recíproca e exclusiva entrega de corpos³⁷.

33 Cf. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 artigo 16º. 1. A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais. 2. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos. 3. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado. Disponível em: <http://www.fpce.up.pt/sae/pdfs/Decl_Univ_Direitos_Homem.pdf>. Acessado em 15 Ago. 2012.

34 OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MÚNIZ, Francisco José Ferreira. FABRIS, Sérgio Antônio. **Direito de Família**. Editor. Porto Alegre: 1990. p. 123-124.

35 GONÇALVES, op. cit., nota 5, p. 28.

36 DIAS, op. cit., nota 9, p. 58.

37 DINIZ, op. cit., nota 4, p. 58.

2.6 Das Consequências do Casamento

Com o casamento, inicia-se uma nova fase para o casal. É o princípio também de direitos e deveres que irão nortear a relação por toda a vida. São as consequências do casamento, depois que se é declarado o tão famoso e repetido: “eu vos declaro marido e mulher”.

Até a Constituição de 1988, o principal efeito era o de constituir família legítima ou de legitimá-la. Vale ressaltar que, com o advento da nova carta, a família foi desvinculada do matrimônio, dele não necessitando para se considerar legítima, postura adotada pelo Código Civil de 2002. Frise-se, porém, que, para aqueles que conceberem o matrimônio, decorrerão deste alguns efeitos e consequências.

Os efeitos do casamento podem ser divididos em três classes: os efeitos pessoais; os efeitos sociais e os efeitos patrimoniais.

Nos efeitos pessoais, com o ato do casamento, surgem automaticamente, para os cônjuges, situações jurídicas que conferem direitos e deveres mútuos, reclamados pela ordem pública e interesse social e que não se medem em valores pecuniários, tais como: fidelidade recíproca; vida em comum no domicílio conjugal, ou seja, a coabitação; assistência e respeito mútuos.

Os chamados efeitos sociais são a instauração da sociedade conjugal, conferindo aos cônjuges um *status*, o chamado estado de casado. Outros fatores de identificação na sociedade é a instituição da família, a mudança de estado civil, a emancipação do cônjuge de menor idade e ainda o vínculo de afinidade entre cada consorte e os parentes do outro³⁸.

No que se refere aos efeitos jurídicos patrimoniais do casamento, decorrem do que se projetam no ambiente social, seja na vida social, nas suas relações econômicas, nas relações pessoais, patrimoniais e para com os filhos, nos deveres que ambos deverão ter um para com o outro, originando direitos e deveres próprios e recíprocos, disciplinados por normas jurídicas³⁹.

38 DINIZ, op. cit., nota 4, p. 59.

39 Id. Ibid.

3 DA UNIÃO ESTÁVEL

3.1 Evolução Histórica: Do Concubinato à União Estável

O Código Civil de 1916 dava ênfase apenas ao casamento que fosse oficializado. Qualquer relacionamento com o intuito de constituir família fora do delineamento do casamento não era tutelado pelo ordenamento jurídico, era denominado de concubinato⁴⁰.

Com a falta de previsão legal no ordenamento jurídico, o Superior Tribunal Federal editou a Súmula 380, adotando a teoria da sociedade de fato: “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”.

A Súmula 380 Supremo Tribunal Federal, portanto, agasalhou o entendimento de que a comprovação da sociedade de fato entre os concubinos autorizava a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Assim, o concubinato em si mesmo não gerava, ao ver da nossa Constituição, qualquer direito patrimonial. Era condição fundamental que se comprovasse a contribuição para a compra do patrimônio durante o convívio.

Em 03 de abril de 1964, o STF editou a Súmula 382, que dizia: “a vida em comum sob o mesmo teto ‘*more uxorio*’⁴¹ não é indispensável à caracterização do concubinato”, entendendo que a simples situação de convivência, ainda que pública e notória e sob o mesmo teto, não seria suficiente para que fosse reconhecido o direito da concubina à parte do patrimônio amealhado ao longo da convivência.

A primeira legislação específica foi editada em dezembro de 1994. A Lei nº 8.971, que foi sintetizada por Oliveira⁴²,

Embora não utilizasse a expressão ‘união estável, dá-lhe substância ao definir como companheiros o homem e a mulher que mantenham união comprovada, no estado de solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de 5 anos, ou com prole.

40 DIAS, op. cit., nota 9, p. 158.

41 VENOSA, op. cit., nota 1, p. 37. Vida em comum sob o mesmo teto “*More Uxorio*” - Caracterização do Concubinato.

42 OLIVEIRA, Euclides. **União estável**: do concubinato ao casamento – Antes e depois do Novo Código Civil. 6 ed. São Paulo: Métodos, 2006. p. 31.

A referida lei regulou o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão. Além disso, afastava a hipótese de concubinato adúltero, pois excluía aos casos de pessoas casadas.

Ainda trazia o requisito temporal: exigia um prazo de 05 anos para que se caracterizasse a estabilidade e, conseqüentemente, tivesse início a relação jurídica de união estável. Mas ela também não resolvia o problema do início do prazo antecedente, determinante do posterior início da união estável.

A evolução procedeu em todo país. Assim, dava-se o reconhecimento através de súmulas, leis e consolidando jurisprudências. Assim observa Venosa⁴³:

A evolução jurisprudencial com referência aos direitos da concubina revela que, no entender dos tribunais, a companheira deve comprovar a constituição de uma verdadeira sociedade de fato, que não se presume em virtude do concubinato e que não decorre necessariamente e nem naturalmente do mesmo [...].

Os direitos foram conquistados pelos concubinos. Aos poucos, foram inseridos no ordenamento jurídico pátrio, considerando um novo rumo a ser invocado com a Constituição e, posteriormente, com as leis.⁴⁴ Nesse diapasão, o que se buscava era a proteção jurídica da vida em comum. Não se pretende robustecer a união ilegítima, mas sim criar condições jurídicas para proteger a família, ainda que não formada pelo ato civil do casamento.

Com o advento da Constituição de 1988, seu artigo 226, § 3º, assim dispôs:

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 homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Deste modo, o legislador considerou a união estável mantida entre homem e mulher como tendo status de família, medida deveras elogiável, até porque naquele momento não haveria mais como ignorar tal situação jurídica, negando ao companheiro o amparo legal ou, o que era pior, atribuindo à mulher um ônus processual quase sempre difícil conseguir, a prova da efetiva contribuição material

43 VENOSA, op. cit., nota 1, p. 62.

44 Id. Ibid.

dada por ela, para que tivesse o direito de meação protegido pelo Estado.⁴⁵

O legislador sofreu árduas críticas de diversos segmentos, principalmente dos doutrinadores conservadores, pois eles tinham como entendimento que a equiparação da união estável ao casamento era um desprestígio enorme para o matrimônio, argumento que se considera inconcebível, tal qual o do professor Orlando Gomes, que, em obra datada de 1984 - precedendo, portanto, o texto constitucional supra referido - já consignava que a proteção dispensada à família ilegítima não deveria, entretanto, equipará-la àquela constituída pelo matrimônio, pois, se isso ocorresse, o instituto do casamento estaria irremediavelmente desacreditado pela própria lei⁴⁶.

3.2 Conceitos de Concubinato e União Estável

Para se conceituar o concubinato, deve-se ter em mente a existência de duas pessoas que convivem de forma conjunta, buscando os mesmos objetivos, mantendo relações sexuais, sem, entretanto, estarem casados ou terem comprometimento ou impedimento para casar, somando-se a isso a existência do afeto, bem como, um projeto de vida em comum. É o que podemos chamar de união livre ou informal, sem os regramentos estabelecidos na lei para pessoas casadas. Alguns autores fazem a distinção entre o concubinato puro e o impuro. Oliveira⁴⁷ cita Álvaro Villaça Azevedo:

Puro seria o concubinato que se apresenta como “união duradoura, sem casamento [...], constituindo família de fato, sem qualquer detrimento de família legítima”. [...] por outro lado, o concubinato será impuro se for adúlterino, incestuoso ou desleal (relativamente à outra união de fato), como de um homem casado ou concubinado que mantenha, paralelamente ao seu lar, outro de fato. Do concubinato ao casamento.

Coaduna com a mesma ideia Diniz, dizendo que “consiste o concubinato numa união livre e estável de pessoas [...], que não estão ligadas entre si por casamento civil”⁴⁸.

45 ALVES, Luiz Victor Monteiro. **A união estável e o direito sucessório face ao Novo Código Civil brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9. n. 332. 4 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5239>>. Acesso em: 26 out. 2012.

46 ALVES, Luiz Victor Monteiro. op. cit. [s.n.].

47 AZEVEDO, Álvaro Villaça. Do concubinato ao casamento de fato. CEJUP. 2009. OLIVEIRA, Euclides. **Do concubinato aos casamento**. 6. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 73.

48 DINIZ, op. cit., nota 4. p. 271.

Mesmo existindo diferenças entre os autores pátrios sobre o conceito de concubinato, todos acabam girando na diferença entre este e o matrimônio, uma vez que no concubinato existe maior informalidade e, por consequência, menor burocratização.

Com a mesma definição do concubinato, a união estável é formada pela união de pessoas, sem o vínculo do casamento e sem as formalidades necessárias ao casamento civil. Assim explica Diniz⁴⁹:

Consistente numa união livre e estável de pessoas livres [...], que não estão ligadas entre se por casamento civil. A Constituição Federal, ao conservar a família, fundada no casamento, reconhece como *entidade familiar* a união estável, a convivência pública, contínua e duradoura [...], vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para a sua convalidação (CC, art.1723, §§ 1º e 2º).

A visão de Venosa⁵⁰:

[...] na união estável existe a convivência [...] sob o mesmo teto ou não, mas *more uxorio*, isto é, convívio com se marido e esposa o fossem. Há, portanto, um sentido amplo de união de fato, desde a aparência ou posse de estado de casado, a notoriedade social até a ligação adulterina. Nesse sentido, a união estável é um fato jurídico, qual seja, um fato social que gera efeitos jurídicos”.

Em relação à proteção jurídica da Constituição Federal de 1988, Diniz⁵¹ ensina ainda que:

A proteção jurídico constitucional recai sobre uniões matrimonializadas e relações convencionais, *more uxória*, que possam ser convertidas em casamento. Com isso a união estável perde o status de sociedade de fato e o de entidade familiar, logo não podendo ser confundida com a união livre, pois nestas duas pessoas de sexos diferentes, além de não optarem pelo casamento, não tem qualquer *intentio* de constituir família.

O entendimento de Rizzardo⁵²:

“Teve grande importância, nas últimas décadas, a união entre si e do homem e da mulher para a convivência em um mesmo local, no recesso de uma moradia, passando a partilhar das responsabilidades de vida em comum e dos momentos de encontros, um devotando-se ao outro, entregando os corpos para o mútuo prazer ou satisfação. É uma união sem maiores solenidade ou oficialização pelo Estado, então se submete a um compromisso ritual e nem se registrando órgão público”.

49 DINIZ, op. cit., nota 4, p. 404.

50 VENOSA, op. cit., nota 1, p. 37.

51 DINIZ, op. cit., nota 4, p. 404.

52 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: Lei Nº 10.406, de 10.01.2002. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 885.

É válido observar a diferenciação entre os autores para os chamados conviventes na união estável. Quanto a Venosa⁵³, este trata do assunto junto à união livre e o concubinato. No entanto, ele os distingue:

[...] Advirta-se, de início, que contemplada a terminologia união estável e companheirismo na legislação mais recente, a nova legislação colocou os termos concubinato e concubinos na posição de uniões de segunda classe ou aquelas para as quais há impedimentos para o casamento.

Em decorrência da necessidade de vida e razões de equidade, em matéria de união estável e concubinato, ambas são protegidas aos efeitos da união livre na Constituição e legislações atuais. “Assim como para o casamento, o conceito de União livre ou concubinatos também é variável. Importa analisar seus elementos constitutivos. A união estável ou concubinato, por sua própria terminologia, não se confunde com a mera união de fato, relação fugaz e passageira.”⁵⁴

A visão de Rizzardo⁵⁵ é una, a união estável esta bastante distante do concubinato:

Está-se diante do que se convencionou denominar união estável, ou união livre, ou estado de casado, ou concubinato, expressão que envolva a convivência, a participação de esforços, a vida em comum, a reciprocidade, a entrega de um para o outro, ou seja, a exclusividade não oficializada nas relações entre homem e mulher. Entrementes, especialmente quanto ao termo concubinato, pelo menos a partir da regularização positiva surgida, o significado de distância do que é conferido na união estável.

3.3 Requisitos Caracterizadores da União Estável

Há intenção do Estado em proteger as uniões estáveis, desde que se preencham os requisitos para esta finalidade e se objetive a constituição da família. Para a configuração da união estável, faz-se necessário que haja alguns requisitos, sem os quais não se pode considerá-la como tal: ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial, notoriedade de afeições recíprocas, fidelidade ou lealdade, entre outros⁵⁶.

53 VENOSA, op. cit., nota 1, p. 36.

54 DIAS, op. cit., nota 9, p. 89.

55 RIZZARDO, op. cit., nota 52, p. 858.

56 DINIZ, op. cit., nota 5, p. 405.

Ausência de matrimônio civil válido e de impedimentos matrimoniais, um dos critérios estabelecidos pela CRFB/88 para a constituição da união estável, é a inexistência dos impedimentos matrimoniais. Assim, não haverá descumprimento da norma que facilita a conversão da união estável em casamento. Conforme Diniz⁵⁷:

Não se aplicando o art. 1521, VI, no caso de a pessoa casada encontrar-se separada de fato [...], extrajudicial ou judicialmente. E pode ser reconhecida a união estável de separado extrajudicial ou judicialmente, pois esta põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens (CC, art. 1.723, §1º, e 1.576). [...] Assim mesmo que a união estável pode configurar-se mesmo que: Um dos seus membros ainda seja casado, desde que antes de iniciar o companheirismo estivesse já separado de fato, extrajudicialmente ou judicialmente, do cônjuge; haja causa suspensiva, pois apenas tem por escopo evitar a realização de núpcias antes da solução de problemas relativos à paternidade ou a patrimônio familiar.

A respeito dos impedimentos, Rodrigues⁵⁸ discorre acertadamente quando fala: “Não caracteriza união estável em razão dos impedimentos matrimonial, a relação constitui o concubinato, expressão que deve ser considerada como correspondente ao concubinato impróprio, desprovido, pois, de efeitos positivos na esfera jurídica de seus partícipes”.

A notoriedade de afeição recíproca, pressuposto também caracterizador da união estável, alude à notoriedade, visto que o relacionamento secreto, clandestino, com o cultivo apenas de relações sexuais, não pode ter estabilidade e produzir efeitos jurídicos. Por essas razões, a publicidade da convivência é exigida expressamente pela lei vigente.

Assim, a doutrina e a jurisprudência não exigem que os companheiros da união se comportem publicamente como casados, mas importa que todos os que os rodeiam saibam que entre eles há uma comunhão de vida estável. Segundo alguns autores, a publicidade não contém qualidade intrínseca de elemento caracterizador, mas possui relevante papel quanto ao elemento probatório, que demonstra por si só a efetiva existência da relação estável apta a produzir efeitos no mundo jurídico. A notoriedade e a publicidade são os principais elementos que concede ao casal a posse de casado⁵⁹.

Os companheiros devem manter uma vida em comum, um projeto de vida, deverão tratar-se como marido e mulher e o meio social ao qual frequentam

57 DINIZ, op. cit., nota 5, p. 405.

58 RODRIGUES, op. cit., nota 10, p. 267.

59 DINIZ, op. cit., nota 10, p.176.

deve assim identificá-los. O relacionamento terá o *animus* de constituir família⁶⁰. Esse fator foi determinante para a desmatrimonialização da família, motivando as pessoas a constituírem novas famílias⁶¹.

A fidelidade, ou unicidade de vínculo, decorre do respeito e consideração mútuos. O contexto não admite uma união, seja ela advinda do casamento ou da união estável, que possua aparência de matrimônio e entidade familiar, mas que não haja a fidelidade; caso contrário, constituiriam a formação das uniões paralelas.

Não havendo a fidelidade, o relacionamento passará a ter a denotação de *amizade colorida*, deixando de ter o *status* de união estável. É bom registrar que o dever de fidelidade objetiva tão somente valorizar a união estável⁶². Entende-se que a fidelidade revela a seriedade e a solidez da união, sendo expressamente da *affectio maritalis*. Não se pode considerar estável, firme, uma união em que os partícipes agem com hipocrisia e desconsideração. O convivente infiel não merece os favores próprios do matrimônio, que a lei, em caráter excepcional, outorga aos que mantêm a união estável.

Não tem como se entender duas pessoas com o intuito de vida em comum e aparência de posse do estado casado manterem um relacionamento paralelo, com a mesma finalidade ou não.

Entende-se, então, que não há motivos para tal (des)efeito, já que se parte do pressuposto de que a união entre duas pessoas advém da livre vontade de ambos. Assim, se querem manter mais de um relacionamento, que então não constituam qualquer que seja o relacionamento, ficando livres e solteiros para assim desfrutarem de tal liberdade.

3.4 Previsão Legal da União Estável

Como se sabe, o Estado protege através do direito positivo que edita. Desta forma, reconhecendo a união estável como entidade familiar para efeito da proteção do Estado, a Constituição Federal⁶³ autoriza, expressamente, que as leis que resguardam a família e o casamento protejam, igualmente, a união estável,

60 DINIZ, op. cit., nota 4, p. 185.

61 DIAS, op. cit., nota 9, p.165.

62 DIAS, op. cit., nota 9, p. 420.

63 Id. Ibid., p. 165.

inaugurando outra forma de constituir família sem, contudo, equipará-la a tal⁶⁴.

Assim, entidade familiar tanto é a que se origina do casamento como a que nasce da união estável. É, ainda, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, nos termos do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal⁶⁵.

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.

No mesmo sentido, o art. 1723 do Código Civil Brasileiro⁶⁶ também reconheceu a união estável como entidade familiar, com a finalidade de proteger o instituto da família. O parágrafo 1º do referido artigo teve como objetivo resguardar o casamento e aqueles que possuem relacionamentos fora do casamento de forma não eventual.

Art. 1723. 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.

§ 1º. União estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521⁶⁷; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente, as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato

Embora se pudesse aplicar o art. 226 da Constituição Federal de 1988, imediata e diretamente, necessitava-se de lei ordinária para a sua complementação e aplicação plena, na esfera do Direito de Família, aos conviventes em união estável. Por isso, as Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96 foram editadas. Pontos abordados nessas leis afastaram quaisquer perigo da contemplação de uma união efêmera, porquanto, pelo seu primeiro artigo, somente se reconhece como entidade familiar a

64 Id. Ibid., p. 416.

65 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Planalto, 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 31 out. 2012.

66 BRASIL, op.cit., nota 66, [n.p.].

67 Art. 1.521. “Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.” Código Civil Brasileiro. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 16 set. 2012.

convivência duradoura, pública e contínua de um homem e de mulher, estabelecida com o intuito de constituição de família.

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Esses termos diferem do Código Civil de 2002, o qual não menciona o prazo mínimo de duração da convivência para que se atribua a condição de união estável, nem mesmo determina que morem juntos, isto é, podem até ter domicílios diversos, mas será considerada união estável, desde que existam elementos que o provem, como por exemplo, a existência de filhos. Independentemente de tempo ou prazo definido, a união tem apenas que ser duradoura. Assim, para ser declarada união estável, não há prazo, nem se precisa morar sob o mesmo teto, mas a relação precisa ter apenas a finalidade de constituir família.

Desse modo, entidade familiar tanto é a que se origina do casamento como a que nasce da união estável, além de ser, ainda, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, nos termos do artigo 226 da Constituição Federal.

Corroborando, com todo o exposto, Direito⁶⁸ pondera que:

É certo, e isso precisa ficar bem claro, que a Constituição não veio para acobertar os aventureiros do amor, que deitam raízes de papel, aqui, ali, ou acolá, de ambos os sexos, verdadeiros amantes da cada porto. Ela, ao contrário, criou condições concretas para defender a família constituída, ainda que com origem alheia, não importa por que razões, ao ato civil do casamento. Para isso, é necessário conceituar a união estável de modo o mais preciso possível, sem descuidar da necessidade de avaliar sempre as circunstâncias de fato no caso concreto. Tenho considerado que a união estável, entidade familiar formada por um homem e uma mulher, é a vida em comum, *more uxorio*, por período que revele estabilidade e vocação de permanência, com sinais claros, indubitáveis, de vida familiar, e com o uso em comum do patrimônio.

Pode-se, assim, dizer que a família sofreu diversas alterações com o decorrer do tempo. Tal como a sociedade, os operadores do direito, na medida do

68 DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Da união estável**. O direito na década de 1990. Novos aspectos. Estudos em homenagem ao Prof. Arnold Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.126 - 145.

possível, tentam acompanhar essa nova sistemática, e, por certo, a legislação poderá construir, ao longo do tempo, as novas fronteiras jurídicas em relação à matéria união estável. Basta apenas a sociedade clamar por novos direitos.

4 DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 Evolução Histórica da Homossexualidade

Em toda a história da humanidade, as minorias geralmente foram e ainda são marginalizadas. Não seria diferente, portanto, no caso dos homossexuais. Contudo, essa mesma história mostra que nem sempre foi assim, pois ao longo do tempo as civilizações sofreram mudanças, o que por consequência acarretaram em novos costumes⁶⁹.

Uma dessas mudanças diz respeito ao exercício da homossexualidade. O termo homossexual origina-se do prefixo grego ‘*homos*’ que significa “o mesmo”, “o semelhante” e o dicionário traz a ideia de que tal termo se refere à afinidade ou aos atos sexuais entre indivíduos do mesmo sexo, sendo, portanto, uma pessoa homossexual aquela que tem essa afinidade ou pratica esses atos⁷⁰.

A união homossexual esteve presente nos primórdios da história, sendo citada nos livros da antiguidade greco-romana e, inclusive, na própria Bíblia. Dessa forma, nota-se que a sociedade era conivente com a prática homossexual, apesar de pouco ilustrada na história. Portanto, a homossexualidade no mundo greco-romano era permitida. No entanto, obedeciam-se algumas regras de relacionamento, que eram inclusive consideradas invioláveis⁷¹.

Por exemplo, na Grécia antiga existia a homossexualidade denominado de pederastia. Este termo significa a relação do homem adulto com um jovem do sexo masculino. Todavia, nesse caso, o homem adulto era quem deveria perseguir os mais jovens. A figura do adulto masculino era quem deveria ser ativa, e o mais jovem o passivo da relação. Ressalta-se ainda que nessa época só se podia ocorrer homossexualidade através da pederastia, tendo em vista que a relação entre homens da mesma idade era considerada algo escandaloso e sofria desaprovação pública⁷².

Os gregos eram bissexuais, no sentido de que aceitavam o amor ao seu próprio sexo e o amor pelo sexo oposto, ou seja, eles podiam amar, de forma

69 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Homossexualidade**: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 50.

70 Id. Ibid., p. 51.

71 Id. Ibid.

72 Id. Ibid.

simultânea ou alternada, um rapaz ou uma moça. Na Grécia, era comum casais homoafetivos, e, no tocante à pederastia, existia até mitos para explicá-la: o primeiro dizia que Orfeu, um dos seres da mitologia grega, acabou se apaixonando por adolescentes depois que sua mulher, Eurídice, morreu. Outra lenda afirmava que a pederastia começou com o músico Tamiris, que foi seduzido pelo belo Jacinto⁷³.

Ao olhar grego, a homossexualidade sob a forma de pederastia era uma instituição social como parte integral da educação, junto com a arte, política e religião, mas, como já foi dito anteriormente, as relações sexuais entre homens adultos, embora também fossem praticadas, eram condenadas e mal vistas. Quanto às relações entre mulheres, estas também eram admitidas nos mesmos moldes das relações entre homens, ou seja, uma adulta e uma adolescente.

Portanto, na Grécia, amar os rapazes era uma prática livre, aceita pelas leis, pela opinião pública e por diferentes instituições, sendo algo comum, pois o homossexualismo era uma prática culturalmente aceita e valorizada pela leitura que sempre fazia menção a essa opção sexual⁷⁴.

No entanto, questiona-se: por que a homossexualidade só era bem vista entre o homem adulto e o jovem? Tal visão era fruto dos gregos valorizarem muito a figura do jovem, onde existia toda a estética moral do corpo masculino, e essa figura do rapaz jovem era tão forte entre eles que não constituía desonra o fato de ele ser assediado por outros homens, muito pelo contrário: o número de pretendentes era objeto de orgulho para o rapaz. Todavia, por via da consequência, o envelhecimento do jovem o fazia perder o encantamento dos homens que o assediavam.

Note-se que em Roma também existia a figura da pederastia, que era hábito comum, onde os senhores ensinavam a jovens rapazes os métodos do sexo, inclusive tais jovens eram muitas vezes indicados pela própria família para tal função. No entanto, com o passar do tempo e a forte influência do cristianismo no Império Romano, a prática homossexual passou a ser condenada por praticamente toda a sociedade, que na época fazia prevalecer os valores impostos pelo cristianismo

Segundo Liliane Cristina de Souza⁷⁵, “[...] com o advento do cristianismo, a formação moral ficou em seu ápice, tanto que muitos verdadeiramente

73 OLIVEIRA, op. cit., nota 72, p. 51.

74 Id. Ibid., p. 59-61.

75 SOUZA; Liliane Cristine da Silva. **União Homoafetiva no âmbito jurídico direito brasileiro: a travessia brasileira que não se complementou**. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/>>. Acesso em 22 out. 2012.

conservadores passaram a pregar, como também acredita, que os homossexuais e afins irão acabar no inferno”. A mesma autora, para reforçar tal afirmação, traz ainda a citação de um dos versículos da bíblia contidos no livro Levíticos, que dispõe “se um homem se deitar com um homem, como se deita com uma mulher, ele deve ser morto, o seu sangue deve ser derramado”.

Sendo assim, denota-se que tais passagens bíblicas contribuem e muito para o surgimento de preconceitos em relação aos homossexuais, inclusive com a argumentação de que Deus abomina os mesmos.

Ato contínuo, cabe ainda salientar que os homossexuais em outros países já foram considerados delinquentes, como ocorreu na Inglaterra no século XIX, onde foram registrados diversos enforcamentos, e na Rússia, em que nessa mesma época homossexuais foram mandados embora para a Sibéria, sem tempo determinado para retornar. De acordo com André⁷⁶:

Na época nazista, os alemães tratavam os casos de homossexualidade da mesma maneira que tratavam judeus, e uma das formas de diferenciar os homens presos acusados de serem homossexuais fora do centro de concentração era no uniforme onde os nazistas os estigmatizavam com um triângulo rosa.

Anos depois, os homossexuais não foram mais condenados como criminosos; todavia, passaram a ser reconhecidos como doentes, mais especificamente como portadores de anomalias e, muitas vezes, iam da depressão até ao suicídio. Havia ainda a visão de que eles estavam propensos a cometerem crimes.

Assim, conclui-se que a homossexualidade sempre existiu e continuará a existir, tanto quanto os seres humanos heterossexuais. Entretanto, o que mudou foi o trato que se deu a essa figura, ou seja, a homossexualidade foi tratada como um ritual de passagem do adolescente à sua fase adulta; foi considerado (o homossexual) um marginal transgressor de leis; posteriormente, foi tratado como um anormal de comportamento doentio, até que se chegou à conclusão de que ele é um ser humano normal, da mesma forma que os heterossexuais.

76 ANDRÉ, Theo. Os homossexuais e a aceitação sócia: uma trajetória contra o preconceito. apud SOUZA; Liliane Cristine da Silva. União Homoafetiva no âmbito jurídico direito brasileiro: a travessia brasileira que não se complementou. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/>>. Acesso em 22 out. 2012.

Sendo assim, após trilhar uma trajetória de sofrimento e aviltamentos, a fim de provar que ele nada mais é que uma pessoa igual a qualquer outra, todavia com afeições dirigidas às pessoas do mesmo sexo, houve avanços nas relações de união homoafetivas, inclusive reconhecendo-se e gerando-se direitos, deixando que o preconceito faça parte apenas da história.

4.2 Julgamento da ADPF 132⁷⁷ e da ADI 4277⁷⁸ pelo Supremo Tribunal Federal.

Antes de adentrar ao mérito dos efeitos da equiparação da união homoafetiva como instituição familiar, cabe ponderar sobre a decisão do Supremo Tribunal federal que reconheceu esta característica à mesma. Esta foi a primeira vez que o Supremo avaliou a possibilidade da união entre pessoas do mesmo sexo, enquadrando-a ao regime jurídico de união estável, e ainda a união homoafetiva tinha capacidade de constituir uma entidade familiar.

4.2.1 Breve Histórico da Decisão

Antes de discorrer a respeito do julgamento pelo STF das ações constitucionais, é importante destacar que a discussão sobre a união homoafetiva como entidade familiar ganhou relevância em 1995, quando a então deputada Marta Suplicy foi autora do projeto de Lei nº 1.151/95, chamado de “Parceria Civil Registrada”⁷⁹, que pretendia regulamentar a questão. No entanto, o projeto jamais foi aprovado pela Câmara dos Deputados. Podemos então verificar que a discussão sobre a equiparação da união homoafetiva à entidade familiar, apesar de recente, já possui um passado, porém, não longínquo.

O Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, em 25 de fevereiro de 2008, apresentou à Corte Suprema uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), de número 132, objetivando a aplicação analógica do artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro às uniões homoafetivas, e pediu

77 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Brasília: Planalto. DF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 15 out. 2012.

78 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Brasília: Planalto. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 22 ago. 2012.

79 LIMA, Regina Campos. AKIYOSHI, Lidamar Maria Navarro. **União Homossexual**: Uma relação de amor. Serviço Social em Revista. v. 5. n. 1. jul./dez. 2002. ISSN. 1679-4842. Londrina, São Paulo: Disponível em: <<http://www.uel.br>>. Acesso em 22 ago. 2012.

subsidiariamente, no caso da Corte Maior entender pelo seu descabimento, que fosse recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), o que de fato ocorreu. O estado do Rio de Janeiro pedia que o Código Civil e que o Decreto-Lei nº 220/1975 - Estatuto dos Servidores Civis do Estado - não fizessem qualquer discriminação entre casais heterossexuais e homoafetivos no que diz respeito ao reconhecimento legal da união estável, ressaltando, inclusive, ter interesse nessa ação, porque no estado do Rio de Janeiro existe grande número de servidores que vivem em uniões homoafetivas estáveis. Como bem observa o Ministro Carlos Ayres Britto:

Este Plenário terá bem mais abrangentes possibilidades de, pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com todos os seus consectários jurídicos. Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.

No dia 02 de julho de 2009, a Procuradoria Geral da República propôs a ADPF 178, a qual foi recebida pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277. Tal ação constitucional tinha como escopo central o reconhecimento pelo STF da união homoafetiva como entidade familiar, desde que fossem preestabelecidos os mesmos requisitos necessários para a configuração da união estável entre o homem e a mulher, e, conseqüentemente, que os deveres e direitos dos companheiros nas uniões estáveis heterossexuais fossem estendidos aos companheiros das uniões homoafetivas, seguindo o mesmo pedido da ADPF 132.

Trata-se, inicialmente, de arguição de descumprimento de preceito fundamental, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Descumprimento que resulta:
I – da interpretação que se tem conferido aos incisos II e V do art. 19⁸⁰ e aos

80 RIO DE JANEIRO. Decreto-Lei Nº 220. 18 de Julho de 1975. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro. Art. 19 - Conceder-se-á licença: II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo; V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular. Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo: I - salário-família; II - auxílio-doença; III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar; IV – financiamento imobiliário; V - auxílio-moradia; VI - auxílio

incisos I a X do art. 332, todos do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), na medida em que tal interpretação implica efetiva redução de direitos a pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual;

II – de decisões judiciais proferidas no Estado do Rio de Janeiro e em outras unidades federativas do País, negando às uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos àqueles cuja preferência sexual se define como “heterossexual”.

Assim, nos dias 04 e 05 de maio de 2011, o STF, ao julgar as respectivas ações constitucionais, reconheceu legalmente, por unanimidade de votos, a união entre pessoas do mesmo sexo, como segue abaixo o Acórdão em seu inteiro teor⁸¹:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com a ADI 4277, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Os ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente. Brasília, 05 de maio de 2011. (grifo nosso).

Convém assinalar que o acórdão emanado pelo Supremo Tribunal Federal referente ao julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 ressalta que os efeitos da equiparação entre a união de pessoas do mesmo sexo e a união estável valem para todos os fins e efeitos.

4.2.2 Do Voto

Faz-se necessário ressaltar os pontos importantes dos votos dos Ministros que reconheceram a importância de concederem a característica de entidade familiar à união homoafetiva, de modo que sejam estendidos aos homossexuais os direitos pertinentes aos casais heterossexuais que convivem em

para a educação dos dependentes; VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico; VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento; IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional; X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões. Disponível: <<http://www.alerj.rj.gov.br/>>. Acesso em 15 set. 2012.

81 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, Brasília: Planalto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 15 set. 2012.

união estável.

O Ministro Relator Carlos Ayres Britto argumentou que não há proibição de formação de uma família a partir de uma relação homoafetiva em nenhum dispositivo da Lei Maior, acrescentando ainda que ao contrário da Constituição de 1967, a qual previa a constituição de famílias somente pelo casamento, a Constituição Federal de 1988 evoluiu no sentido de dar ênfase à instituição da família, independentemente da preferência sexual dos seus integrantes. Suscitou também o referido Ministro acerca da vedação a qualquer discriminação prevista no art. 3º, IV, CF⁸², e afirmou que “o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica”⁸³. Portanto, qualquer discriminação às uniões homoafetivas colide com a previsão constitucional de referido artigo.

O Relator lembrou ainda da privacidade e liberdade de preferência sexual das pessoas aduzidas, tanto que a Constituição não obrigou nem proibiu o uso da sexualidade. Assim, “é um direito subjetivo da pessoa humana, se perfilha ao lado das clássicas liberdades individuais”⁸⁴. Por fim, entendeu o Ministro que o artigo 1.723 do Código Civil “deve ser interpretado conforme a Constituição, para dele excluir qualquer significado que impeça o da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’⁸⁵. Pois bem, a decisão, como já explicado, foi no sentido de reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, equiparando-a à união estável, desde que estejam presentes os requisitos necessários à configuração desta união, quais sejam: convivência pública, duradoura e contínua,

com o objetivo de constituição de família. Portanto, nota-se assim que se faz necessário o preenchimento dos mesmos requisitos exigidos para a união estável heteroafetiva, prevista no artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro, ou seja: a união homoafetiva, para ser caracterizada como união estável, deverá ter o caráter estável no sentido de duração prolongada no tempo, especialmente para comprovar a

82 BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Brasília: Planalto. 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. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 31 out. 2012.

83 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277. Brasília: Planalto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 31 out. 2012. p. 02.

84 Id. Ibid., p. 15.

85 Id. Ibid., p. 32.

solidez do vínculo, não sendo permitidas feições momentâneas; deverá também ter a característica da publicidade e da notoriedade, devendo, portanto, passar a impressão de que os conviventes vivem como casados fossem e com o objetivo de constituir família.

Então, ao preencher esses requisitos, a união homoafetiva é considerada entidade familiar de igual forma às uniões heteroafetivas, e por isso decorrem dela alguns efeitos jurídicos.

5 DOS DIREITOS ADQUIRIDOS

Se a lei expressamente não exclui, significa que implicitamente ela reconhece. Segundo o pensamento Kelseniano, "tudo o que não está explicitamente proibido, está, implicitamente, permitido", o que se coaduna com o artigo 5º, inciso II, que dispõe: "ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"⁸⁶.

5.1 Da Adoção

Antes de analisar o mérito da questão da adoção por parceiros homoafetivos, é importante discorrer sobre adoção na legislação brasileira. A mesma é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha, conforme ensina Carlos Alberto Gonçalves⁸⁷.

O artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁸⁸ (ECA), com nova redação dada pela Lei nº 12010/09, prevê que poderão adotar os maiores, independentemente do estado civil. Portanto, de logo se vislumbra que, desde 2009, época em que foi editada a nova lei da adoção, não havia nenhuma restrição à adoção por homossexuais. Sendo assim, o estado civil, o sexo e a nacionalidade não influem na capacidade ativa de adoção.

Todavia, mesmo não havendo nenhuma restrição na nova Lei de adoção, não existia regulamentação para adoção por casais homoafetivos, ou seja, não havia previsão, uma vez que, a união estável até então somente era permitida entre o homem e a mulher, em conformidade com o disposto no artigo 1723 do Código Civil Brasileiro. No entanto, tal entendimento mudou, tendo em vista que a união homoafetiva foi equiparada à união estável, para todos os efeitos.

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA

86 CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **A união homoafetiva no direito brasileiro contemporâneo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 112, 24 out. 2003. [s/p].

87 GONÇALVES, Carlos Roberto direito civil brasileiro de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 376.

88 BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Brasília: Planalto. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 15 set. 2012.

PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores". 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores - sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete à responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação

à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida 43 do ECA.. Recurso especial improvido⁸⁹.

Sobretudo, convém ressaltar que antes mesmo do julgamento do Supremo Tribunal Federal (05/05/2011), que instituiu tal equiparação, a adoção por homossexual, individualmente, vinha sendo admitida mediante cuidadoso estudo psicossocial por equipe interdisciplinar, que pudesse identificar na relação o melhor interesse daquele que está sendo adotado. A propósito tem-se a decisão⁹⁰ do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proferida no ano de 1999:

[...] A afirmação da homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro é capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre e cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens [...].

Em consonância com a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, também há a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que negou seguimento à apelação interposta pelo Ministério Público, inconformado com a decisão de primeiro grau que deferiu guarda de menores a casal de mesmo sexo.

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade. Continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniência em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridos e que as liga aos seus cuidadores. É hora de afastar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovida de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as criação e os adotantes[...]⁹¹.

89 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2006/0209137-4, Relator: Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Data de Publicação: 10/08/2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 16 set. 2012.

90 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação 14332.98. 9º Câmara. Civil. Relator: Desembargador. Jorge de Miranda Magalhães, Disponível em:< <http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em 15 set. 2012.

91 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70013801592. 7ª Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 16 set. 2012.

A adoção por casais homoafetivos traduz um efeito importante diante do julgamento do STF ao reconhecer a união homoafetiva como instituição familiar. Não obstante os Tribunais de Justiça já estarem concedendo adoções conjuntas a casais homossexuais, a decisão da corte maior veio adequar tal questão. O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpôs recurso especial, alegando contrariedade aos artigos 1.622 e 1.723 do Código Civil de 2002. Requereu o provimento do recurso, para o fim de definir a união homossexual apenas como sociedade de fato e, conseqüentemente, fazer incidir o artigo 1.622 do Código Civil, vedando a adoção conjunta dos menores pleiteada.

EMBARGOS INFRINGENTES - HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO - CASAL HOMOAFETIVO - MINISTÉRIO PÚBLICO QUE SUSTENTA A NECESSIDADE DE PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO NO QUE CONCERNE À RESTRIÇÃO DE ADOÇÃO DE ADOLESCENTES A PARTIR DE 12 (DOZE) ANOS DE IDADE - RECENTE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DA ADI 4277 E DA ADPF 132, RECONHECENDO A UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR, PARA O FIM DE DAR AO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO, PARA DELE EXCLUIR QUALQUER SIGNIFICADO QUE IMPEÇA O RECONHECIMENTO DA UNIÃO CONTÍNUA, PÚBLICA E DURADOURA ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO "ENTIDADE FAMILIAR", ENTENDIDA ESTA COMO SINÔNIMO PERFEITO DE "FAMÍLIA" - RECONHECIMENTO QUE É DE SER FEITO SEGUNDO AS MESMAS REGRAS E COM AS MESMAS CONSEQÜÊNCIAS DA UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA - CARTA MAGNA QUE REMETE À LEI A INCUMBÊNCIA DE DISPOR SOBRE A ASSISTÊNCIA DO PODER PÚBLICO À ADOÇÃO, INCLUSIVE PELO ESTABELECIMENTO DE CASOS E CONDIÇÕES DA SUA EFETIVAÇÃO POR PARTE DE ESTRANGEIROS (§ 5º DO ART. 227); E TAMBÉM NESSA PARTE DO SEU ESTOQUE NORMATIVO NÃO ABRE DISTINÇÃO ENTRE ADOTANTE "HOMO" OU "HETEROAFETIVO" - PREVENÇÃO QUANTO À ORIENTAÇÃO SEXUAL DO ADOTANTE QUE SE REVELA INCONSTITUCIONAL - EMBARGOS REJEITADOS.1.723 CÓDIGO CIVIL. CONSTITUIÇÃO CARTA MAGNA.⁹²

Verifica-se, portanto, que a adoção conjunta por casais homoafetivos agora deverá ser obrigatoriamente deferida, pois a legislação diz que podem adotar conjuntamente os cônjuges e companheiros que vivem em união estável. Dessa feita, tendo a união homoafetiva, por decisão do STF, sido equiparada à união estável, não há mais óbice à adoção em decorrência da preferência sexual do adotante, desde que se preencham os requisitos necessários ao reconhecimento da união estável.

92 PARANÁ, Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes. 0582499-9/02, 12ª Câmara Cível. Relator: Antônio Loyola Vieira, 2011, Disponível em: < <http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em 16 set. 2012.

5.2 Da concorrência sucessória

Ainda que não seja claro que o companheiro não tenha sido considerado herdeiro necessário⁹³, faz jus à concorrência sucessória. Ressalta-se o fato do legislador, ao não reconhecer expressamente o companheiro como herdeiro necessário, utilizando-se do tratamento diferenciado em relação à união estável homoafetiva. Os julgados vêm constantemente reafirmando esse direito, porém, em condição que a relação perdure até a morte.

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA *POST MORTEM*. DIVISÃO DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO AO LONGO DO RELACIONAMENTO. EXISTÊNCIA DE FILHO ADOTADO PELO PARCEIRO FALECIDO. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM.

[...]

4. Demonstrada a convivência entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem a ocorrência dos impedimentos do art. 1.521 do CC/02, com a exceção do inc. VI quanto à pessoa casada separada de fato ou judicialmente, haverá, por consequência, o reconhecimento dessa parceria como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos. 5. Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente à

meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, em nome de um apenas ou de ambos, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos, é presumida. 6. Recurso especial não provido⁹⁴.

Assim, vemos que o judiciário, com todos os percalços existentes em relação à matéria, tem feito o seu papel, mesmo com as adversidades decorrentes seja da falta de legislação ou mesmo de um véu de hipocrisia ainda existente.

5.3 Dos Alimentos

Não obstante a doutrina majoritária acreditar não ser admissível a prestação alimentícia para os casos de união homoafetiva, começa a ganhar força e espaço a corrente minoritária, a qual defende a possibilidade de prestação

93 BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Planalto, 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2012. Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. **Código Civil Brasileiro**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 16 set. 2012.

94 MATO GROSSO, Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.199.667 - MT (2010/0115463-7). Relatora Ministra Nancy Andrighi. 2010. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br>>. Acesso em 16 set. 2012.

alimentícia nas relações homoafetivas, tratando-se esta de um instituto regulado pelo direito de família.

Todavia, a partir da inserção da homoafetividade no conceito de entidade familiar, o silêncio da lei acarreta no aproveitamento das normatizações aplicáveis às uniões estáveis tendo em vista a similitude dos vínculos. Assim, imperioso se mostra assegurar o direito aos alimentos nos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, afinal, quem poderá arcar com o ônus decorrente do fim da relação também deverá participar do ônus.

Como exemplo, em recente julgamento de ação de pensão alimentícia movida por uma mulher em face de sua ex-companheira, a 15ª Câmara Cível do Rio de Janeiro fixou a prestação de alimentos provisórios em 10% (dez por cento) de seus ganhos líquidos, negando provimento ao recurso de agravo de instrumento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PEDIDO DE ALIMENTOS. 1. Pretende a Agravante a reforma da decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela em Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável (Homoafetiva), que fixou os alimentos provisórios em 10% (dez por cento) de seus ganhos líquidos. 2. A decisão impugnada fixou os alimentos provisórios diante da documentação indicativa da existência da relação de companheirismo e da ausência de negativa da agravante neste sentido. 3. A verba alimentar arbitrada initio litis pode ser alterada durante o trâmite processual, em decorrência de maior dilação probatória. 4. Aplicação da Súmula nº 59 deste E. Tribunal dispõe que "somente se reforma a concessão ou indeferimento de tutela antecipada se teratológica, contrária à lei ou à evidente prova dos autos". 5. Negado provimento ao recurso⁹⁵.

Entre os conviventes, tal obrigação se originará do dever de mútua assistência e também do dever de solidariedade social. Extinta a relação entre os companheiros e verificada a necessidade de um deles, é imperiosa a fixação da verba alimentar de acordo com a possibilidade de quem será obrigado ao pagamento. No dizer sempre oportuno de Cahali⁹⁶, quando ele fala:

em sentido inverso, negando os alimentos nas uniões homoafetivas, sem, *permissa máxima vênia*, fundamentos convincentes. Apenas por entender que o reconhecimento da obrigação de uma pessoa sustentar a outra do mesmo sexo, no caso, degradaria o instituto, [...].

95 RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 0019006-71.2012.8.19.0000. Relatora: Desembargadora Jacqueline Montenegro. 15ª Câmara Cível. 2012. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em 18 set. 2012.

96 CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 4. Ed. São Paulo: RT, 2002. p. 241.

Diante da guerra por direitos, o essencial é levantar uma bandeira de batalhas constantes. Porém, o que não se entende é que depois de um passo tão largo, diante de árduas vitórias, os conviventes da união homoafetiva relutam tanto quando se é para conceder direitos. Os alimentos são um direito advindo das conquistas, mas, como seres humanos que são ou que somos, portamo-nos da forma que nos convém, a depender do que está ao nosso lado, e como diz o poeta da música popular brasileira, Caetano Veloso, “porque és o avesso do avesso, do avesso do avesso”⁹⁷.

5.4 Direito Previdenciário e Assistência Médica Privada

Os Tribunais de Justiça de todo país vêm consolidando jurisprudência no sentido do reconhecimento da união estável homoafetiva para fins previdenciários, inclusive para fins de inclusão do companheiro (a) em plano de saúde, conseqüentemente para fins de pensão.

Apelação Cível - Previdenciário - Ação de Habilitação para Percepção de Pensão por Morte - União Homoafetiva - Reconhecimento judicial da existência de união estável por 29 (vinte e nove) anos - Art. 226, § 3º da Constituição Federal - Analogia - Observância dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana - Manutenção da decisão. 1. Ao Judiciário compete o preenchimento das lacunas da lei, adequando-a à realidade social, descabendo, na concessão de pensão por morte a companheiro ou companheira homossexual, qualquer discriminação em virtude de opção sexual do indivíduo, sob pena de violação ao caput, do art. 5º, da Constituição Federal. 2. Provada a existência de união homoafetiva entre a autora e a ex-segurada, tendo em vista relacionamento amoroso e a longa convivência comum e o caráter familiar externado, inclusive com reconhecimento judicial que estendeu todos os efeitos jurídicos e legais à relação, é de se reconhecer à companheira sobrevivente o direito de receber o benefício previdenciário de pensão por morte. 3. Recurso conhecido e improvido⁹⁸. (grifo nosso).

Quase que por unanimidade, as decisões estão sempre calçadas na mesma fundamentação: a constituição da entidade familiar, conjuntamente com a união duradoura e a convivência pública.

Ação declaratória de união estável homoafetiva c/c inventário. Demanda extinta sem exame do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC. Pedido juridicamente possível. Ausência de vedação legal à pretensão do autor. Constitucionalidade recentemente confirmada pelo STF. Clara ofensa aos

97 VELOSO, Caetano Emanuel Viana Teles. **Sampa**. Perfil: Som Livre, 2006. Faixa 9. 2006.

98 SERGIPE, Tribunal de Justiça. APELAÇÃO CÍVEL Nº 4020/201. 12ª Vara Cível. Relator: Desembargador Cezário Siqueira Neto. 2011.

princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. Sentença cassada. Retorno dos autos à origem para a devida instrução. Recurso provido. O Supremo Tribunal Federal. Apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade). Reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. (...) a família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas⁹⁹. (grifo nosso)

Na mesma linha desses entendimentos jurisprudenciais, são proferidas as decisões por todo o país, afirmando e dando o direito a quem pertence.

DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. BENEFÍCIOS. COMPLEMENTAÇÃO. PENSÃO POST MORTEM. UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS. EMPREGO DE ANALOGIA PARA SUPRIR LACUNA LEGISLATIVA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA PRESENÇA DOS ELEMENTOS ESSENCIAIS À CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL, COM A EVIDENTE EXCEÇÃO DA DIVERSIDADE DE SEXOS. IGUALDADE DE CONDIÇÕES ENTRE BENEFICIÁRIOS.

- Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.

- O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.

- Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

- O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões

99 SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Apelação Civil nº 2008.029815-9. 2ª Câmara Direito Civil. Relator: Desembargador Sérgio Izidoro Heil. 2011. Disponível em <<http://www.tjsc.jus.br/>>. Acesso em 20 Set. 2012.

patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos.

- Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos.

- A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes.

- Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito.

- A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso.

- A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual.

- Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário.

- Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável.

- Se por força do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares.

- "A proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de seguridade social" de modo que "os normativos internos dos planos de benefícios das entidades de previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes".

- O direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualmente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor. Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos

dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas.

- Incontroversa a união nos mesmos moldes em que a estável, o companheiro participante de plano de previdência privada faz jus à pensão por morte, ainda que não esteja expressamente inscrito no instrumento de adesão, isso porque "a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares".

- Mediante ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da analogia, considerando-se a previdência privada em sua acepção de coadjuvante da previdência geral e seguindo os princípios que dão forma à Direito Previdenciário como um todo, dentre os quais se destaca o da solidariedade, são considerados beneficiários os companheiros de mesmo sexo de participantes dos planos de previdência, sem preconceitos ou restrições de qualquer ordem, notadamente aquelas amparadas em ausência de disposição legal.

- Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ. Recurso especial provido¹⁰⁰.

5.5 Da Partilha de Bens Adquiridos pelo Esforço Comum

No direito à meação, o meeiro, desde sempre, é titular do patrimônio ora indiviso. Quanto à herança, o direito ao patrimônio só insurge quando do evento morte, havendo previsão legal ou testamentária em favor do companheiro. Assim, não se podem considerar as tutelas judiciais restritas à meação, vez que tal direito pode ser garantido até mesmo pelo instituto da sociedade de fato. O direito à sucessão é concedido ao companheiro homossexual sem grandes questionamentos por parte dos juízes, quando se possui, é claro, provas necessárias.

AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA CUMULADA COM AÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PARTILHA EM INVENTÁRIO. DEMANDA AJUIZADA PELOS GENITORES DO CONVIVENTE MORTO CONTRA O SUPERSTITE EM BUSCA DA MEAÇÃO DAQUELE. ANALOGIA COM A UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS, À FALTA DE CONTRATO ESCRITO ENTRE OS COMPANHEIROS (ART. 1.725 DO CC/02). COMUNICAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. PROVA DA PARTICIPAÇÃO DIRETA NA AQUISIÇÃO DO BEM. IRRELEVÂNCIA. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM. INCOMUNICABILIDADE, CONTUDO, DE VALORES DOADOS PELOS PAIS DO CONVIVENTE VIVO, NOS TERMOS DO ARTIGO 1.659, I, DO CC/02. CC/02) CC/021.659I CC/02CC/02".

O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do

100 RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.026.981 - RJ (2008/0025171-7). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 2011. Disponível em: <<http://www.tjrj.gov.br/>>. Acesso em 01 out. 2012.

pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. 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. Constituição- Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas" (STF - AgR no RE 477554, Rel. Min. Celso de Mello)¹⁰¹.

A participação ativa na construção do patrimônio hereditário deve se dar através de contribuição financeira direta. A prova tem que ser consistente, a contribuição tem que ser direta para a partilha do acervo, em caso de ruptura da união por vontade ou por morte de uma das partes. Esta prova configura-se de difícil produção, pondo o companheiro supérstite¹⁰² em desvantagem processual, principalmente se o patrimônio adquirido durante o tempo de convívio foi registrado apenas em nome do parceiro falecido e não houver a confecção de um testamento em seu favor.

Frequentemente, companheiros da união estável homoafetiva encontram seu patrimônio em circunstâncias de ameaça decorrente da morte de um dos companheiros. Os posicionamentos são taxativos no sentido da possibilidade somente mediante prova inequívoca de efetiva contribuição para a formação do patrimônio a ser partilhado:

101 SANTA CATARINA, Tribunal de justiça, Apelação Civil nº 12229 SC 2011.001222-9. 3ª Câmara de Direito Civil. Relatora: Maria do Rocio Luz Santa Ritta, 2011. Disponível em: <<http://www.tjsc.gov.br/>>. Acesso em 01 out. 2012.

102 Supérstite: Denominação dada ao cônjuge sobrevivente, utilizada especialmente no Direito sucessório com referência à meação dos bens deixados pelo cônjuge falecido. Disponível em <<http://www.saberjuridico.com.br/>>. Acesso em 01 set. 2012.

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA POST MORTÉM . DIVISAO DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO AO LONGO DO RELACIONAMENTO. EXISTÊNCIA DE FILHO ADOTADO PELO PARCEIRO FALECIDO. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM.

1. Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela. Essa circunstância não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para regular as relações contextualizadas em uma sociedade pós-moderna, com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.

2. Os princípios da igualdade e da dignidade humana, que têm como função principal a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, justificam o reconhecimento das parcerias afetivas entre homossexuais como mais uma das várias modalidades de entidade familiar.

3. O art. 4º da LICC permite a equidade na busca da Justiça. O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidades familiares, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização de entidade familiar diversa e que serve, na hipótese, como parâmetro diante do vazio legal a de união estável com a evidente exceção da diversidade de sexos.

4. Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem a ocorrência dos impedimentos do art. 1.521 do CC/02, com a exceção do inc. VI quanto à pessoa casada separada de fato ou judicialmente, haverá, por consequência, o reconhecimento dessa parceria como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos.

5. Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, É de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, em nome de um apenas ou de ambos, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos, é presumida.

6. Recurso especial não provido¹⁰³.

Vale ressaltar que o direito à meação não se confunde com o direito hereditário. Reconhecer-se direito à metade dos bens comuns não é conferir ao companheiro homossexual o status de herdeiro.

103 MATO GROSSO, Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.199.667 - MT (2010/0115463-7) Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 2011. Disponível em: <<http://www.tjmt.gov.br/>>. Acesso em 01 out. 2012.

6. DO CASAMENTO HOMOAFETIVO

6.1 Casamento Homoafetivo: Conversão a partir da União Estável

O casamento poderá ocorrer no Brasil a partir da conversão da união estável em casamento. Sabe-se que ela pode ser convertida em casamento, como dispõe o art. 226, §3º, da Constituição: “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.” No entanto, cabe discutir se através do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, ainda que apenas no mundo jurídico, através das jurisprudências, essas uniões podem ser convertidas em casamento. Para Celichi¹⁰⁴.

“é pertinente discutir a ideia de que, se a diversidade de sexos, que foi colocada na Carta Magna, é somente um rol exemplificativo de união estável, ou se é taxativo, daí não podendo utilizar-se da analogia para julgar as ações declaratórias de reconhecimento de união entre homossexuais e, como consequência, ser negado o casamento homoafetivo”.

Na legislação, não há uma determinação expressa que se possa dizer que é legal, ao mesmo tempo não há nada que proíba o reconhecimento de tais uniões. Assim, na ausência de norma, cabe empregar a analogia para a interpretação da norma. A analogia ocorre porque a Constituição é uma unidade, não devendo ser interpretada, a norma constitucional, isoladamente, mas sim em conjunto com as demais¹⁰⁵. Ou seja, deve-se levar em conta as regras que a circulam. Corroborando com o mesmo pensamento, Lopes¹⁰⁶ ensina:

“Princípio da unidade da Constituição, que proíbe a aplicação isolada de uma norma constitucional e exige uma interpretação da norma em conexão com outras normas constitucionais de tal modo que as contradições com outras normas sejam evitadas. [...] Obviamente, que em considerando o princípio da unidade da constituição, não seria possível fazer esta extensão se houvesse norma excluindo expressamente os casais homossexuais da união estável”.

104 CELICH, Dani Lúcia Salete. CELICH, Grasiela Cristine. **A possibilidade jurídica do casamento homoafetivo no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>>. Acesso em 30 set. 2012.

105 DIAS, op. cit., nota 9, p. 191.

106 LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. in: GOLIN, Célvio; POCAHY, Fernando Altair; RIOS, Roger Raupp (orgs.). **A justiça e os direitos de gays e lésbicas**: jurisprudência comentada. Porto Alegre: Sulina, 2003. p. 128-129.

Portanto, quando se interpretar uma norma da Carta Magna, deve-se lê-la levando em conta as demais regras que a rodeiam. Completa tal raciocínio Dias¹⁰⁷: “a norma (CF 226) é uma cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade”. Dessa forma é que o art. 226, §3º da Constituição jamais excluirá as uniões homoafetivas. Acrescenta Dias¹⁰⁸:

“Tal qual as relações heterossexuais, as uniões homossexuais são vínculos afetivos, vínculos em que há comprometimento mútuo. A união estável configura um gênero que comporta mais de uma espécie: a união estável heterossexual e a união estável homossexual. Ambas fazem jus à mesma proteção no âmbito do Direito de Família. Sobretudo, as regras da união estável heterossexual, por analogia, são perfeitamente aplicáveis às uniões homossexuais”. (grifo nosso)

Nesse diapasão, o art. 226, §3º, da Constituição não afasta as uniões homoafetivas. Verifica-se, portanto, que a diversidade de sexos deixa de ser requisito essencial à constituição de uma união estável. Adotando por fundamento essa mesma norma, observa-se que ela permite a conversão da união estável em casamento. Neste sentido, a diversidade de sexos deve ser afastada para a configuração de união estável. Consequentemente, essa posição deve ser adotada para casamento homoafetivo. Machado¹⁰⁹ afirma que:

“..., é pertinente dizer da necessidade do nosso ordenamento jurídico possuir leis mais atualizadas para acompanhar a evolução dos científicos e sociais. De todo modo, percebe-se que ao pensar em um direito justo e coerente, o caminho mais pertinente é o de possibilitar ao transexual contrair o matrimônio. Sendo necessário, para tanto, uma flexibilização do Direito de Família, no que tange ao instituto do casamento.”

Mesmo assim, se houver a necessidade de ter como base os princípios constitucionais, em consonância com o que a sociedade quer, como ser livre, justa, fraterna e solidária, tendo em vista a contraposição ao preconceito, indubitavelmente faz-se necessário atender aos direitos de todos os sujeitos que dela fazem parte.

107 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Entidades constitucionais familiarizadas: para além do *numerus clausus*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania. **O novo CBB e a vacatio legis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 89-107. Apud: LÔBO, Paulo Luiz Netto. In: DIAS, Maria Berenice. op. cit., nota 9. p. 325.

108 DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o Preconceito & a Justiça!**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 34.

109 MACHADO, Renata Durão. **Matrimônio Transexual: a Necessária Flexibilização das Normas que Regulamentam o Instituto do Casamento no Direito da Família**. Revista Brasileira de Direito da Família e Sucessões. Belo Horizonte. Magister, ano XIII, n. 24. out/nov 2011. p. 80.

Medeiros¹¹⁰ ensina que “o direito se constitui como um dos lugares de realização da luta por reconhecimento, ou seja, exatamente em virtude da possibilidade de alcance de validade social por meio da afirmação da permanência de determinado direito a determinados sujeitos”. Segundo Dias¹¹¹:

“As normas constitucionais que consagram o direito à igualdade proíbem discriminar a conduta afetiva no que respeita a inclinação sexual. Portanto [...] rejeitar a existência de uniões homossexuais é afastar o princípio insculpido no inciso IV do art. 3º da Constituição Federal: é dever do Estado promover o bem de todos, vedada qualquer discriminação, não importando de que ordem ou tipo”.

Assim, na busca de resguardar os casais homoafetivos, como também o direito à diferença e à diversidade, diversas decisões judiciais afirmaram a possibilidade, através da analogia, tal qual a união estável entre heterossexuais, de ampliar o benefício e reconhecer por meio do artigo 226, §3º, da Carta Magna, a possibilidade de converter as uniões homoafetivas em casamento, da mesma forma como há para as uniões heteroafetivas.

PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. PEDIDO DE CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. INCONFORMISMO DOS REQUERENTES. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM DECISÃO PROFERIDA NA ADI nº. 4-277/DF, ATRIBUIU EFICÁCIA ERGA OMNES E EFEITO VINCULANTE À INTERPRETAÇÃO DADA AO ART. 1.723, DO CÓDIGO CIVIL, PARA EXCLUIR QUALQUER SIGNIFICADO QUE IMPEÇA O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADES FAMILIARES, DESDE QUE CONFIGURADA A CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA E ESTABELECIDADA COM O OBJETIVO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DETERMINA SEJA FACILITADA A CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO. PORTANTO, PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS DO ART. 1.723, DO CÓDIGO CIVIL, NÃO HÁ COMO SE AFASTAR A RECOMENDAÇÃO CONSTITUCIONAL, CONFERINDO À UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA OS MESMOS DIREITOS E DEVERES DOS CASAIS HETEROSSEXUAIS, TAL COMO SUA CONVERSÃO EM CASAMENTO. PRECEDENTE DO STJ QUE ADMITIU O PRÓPRIO CASAMENTO HOMOAFETIVO, A SER REALIZADO POR SIMPLES HABILITAÇÃO. IN CASU, FORÇOSO É DE SE CONCLUIR QUE MERECE REFORMA A DECISÃO MONOCRÁTICA, CONVERTENDO-SE A UNIÃO ESTÁVEL CARACTERIZADA NOS AUTOS EM CASAMENTO. PROVIMENTO DO RECURSO. ADI nº. 4-CÓDIGO CIVIL CONSTITUIÇÃO 1.723 CÓDIGO CIVIL.¹¹² (grifo nosso)

110 MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. Sentimentos não são dogmáticos. in: A constitucionalidade do casamento homossexual, São Paulo: LTR, 2008. cap. I, p. 29.

111 DIAS, op. cit., nota 100, p. 47.

112 RIO DE JANEIRO, Tribunal de justiça. Apelação nº 00072523520128190000. 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador. Luiz Felipe Francisco. 2012.

Ademais, apesar de se saber que a decisão do Supremo Tribunal Federal não abrangeu diretamente a hipótese de celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo que não vivem em união estável, tal decisão abriu margem para esta possibilidade. Sendo assim, cabe ressaltar que recentemente, aqui no Estado de Sergipe, foi concedida a primeira habilitação para casamento entre pessoas do mesmo sexo sem prévia união. A juíza da 2ª Vara Privativa de Assistência Judiciária da Comarca de Aracaju assim pronunciou:

[...]

Não obstante a Carta Federal crie uma certa igualdade de tratamento entre casamento e união estável, o primeiro, inegavelmente, ainda tem muitos mais aspectos de proteção jurídica imediatos que a segunda. E são tais aspectos e tal condição que as requerentes buscam no âmbito judicial e pretendem usufruir através desta ação para preparo de habilitação de casamento. Há aqui um aspecto que vai além de conforto que a decisão do STF nos trouxe: as requerentes querem estabelecer o contrato de casamento se submetendo apenas e tão somente às mesmas exigências que quaisquer outros tipos de pares que são admitidos ao processo de habilitação. Elas pleiteiam ser tratadas com igualdade em relação a quaisquer outros cidadãos nas mesmas condições civis e humanas que elas. Por isso a questão, como acima já destacamos, é tão simples, e deve ser encarada nessa exata medida.

[...]

Logo, se há reconhecimento da família formada por casais homoafetivas, se a união homoafetiva equiparada foi à união estável entre pessoas de sexo diferente, e se inexistente vedação constitucional discriminatória, segundo orientação e interpretação das questões pela Corte Máxima do país, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, razão não há para que cidadãos, independentemente de gênero, tenham o seu direito reconhecido e garantido de realizar o seu casamento civil diretamente, sem submissão à via prévia da união estável (a fim de que se consigam a conversão de tal união estável em casamento).

Por derradeiro, cabe registrar que a V Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJP), concluiu, no informativo 525, que “é possível a conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, observados os requisitos exigidos para a respectiva habilitação”, o que fortifica ainda mais a possibilidade de realização do casamento civil pela via direta.

Ante todo o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para autorizar, PRELIMINARMENTE, se proceda à habilitação do casamento das requerentes ÂNGELA MARIA GUIMARÃES e CARLA VIVIANE CAMPOS FONTES, conforme os trâmites previstos na lei, ao tempo em que determino ao Cartório de Registro Civil do 14º Ofício da Comarca de Aracaju/SE que promova os atos administrativos para preparo da celebração do casamento civil das requerentes por esta Juíza.

7. Considerações Finais

O aparecimento das uniões homoafetivas aconteceu nas diversas culturas e povos, não fazendo parte apenas da cultura do mundo moderno. Isso nos mostra que não se trata de uma novidade ou somente de uma cultura de um povo, mas de uma prática que existe há séculos e que precisaria ser percebida no mundo jurídico para ter direitos reconhecidos e respeitados pela sociedade.

No decorrer do presente estudo, observou-se que a discussão acerca das uniões homafetivas tem chegado às diversas camadas sociais com uma abrangência que há tempos a sociedade não presenciava. Apesar de não haver direitos constitucionais ou civis expressamente garantidos, as pessoas que possuem relacionamentos homoafetivos, em decorrência do julgamento das ações constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (marco histórico em relação às uniões homoafetivas relacionadas ao assunto) recorrem ao Poder Judiciário com a finalidade de preservar seus direitos. Entretanto, o legislador continua inerte, e o ordenamento jurídico permanece com suas lacunas diante das relações homoafetivas, condicionando o Judiciário a amparar-se da analogia para dirimir lides que não foram acomodadas aos textos do ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a necessidade cotidiana e as transformações culturais que atravessa a sociedade.

Notou-se que o julgamento foi criticado por muitos por entender que o Judiciário estaria afrontando o princípio da separação de poderes e burlando o papel do legislativo. Também deu origem às manifestações de rejeição por religiosos e instigou manifestações homofóbicas. Em contrapartida, a decisão foi também recepcionada de forma tranquila e elogiada por muitos. O Judiciário agiu para fechar a lacuna existente na lei, que é o seu dever, pois o legislativo continua inteiramente omissa e indiferente em relação aos problemas relativos à homoafetividade.

Em face do reconhecimento das uniões homoafetivas em união estável, todos os direitos garantidos àqueles que convivem em união estável heterossexual também serão compartilhados às uniões estáveis homossexuais. Reafirma-se que o Judiciário está agindo de forma a preencher as lacunas existentes na lei, resolvendo questões ainda não amparadas pelo ordenamento jurídico sem deixar o cidadão desprotegido. Agindo assim, o indivíduo se sentirá realmente inserido como membro da sociedade, partilhando de suas crenças, seus valores, suas normas, e não mais se sentindo diferente para com os outros indivíduos.

Aos casais do mesmo sexo, tem-se assegurado o direito de adotar, já que a legislação prevê que poderão adotar conjuntamente com seus cônjuges aqueles que vivem em união estável, estando lá incluídas, portanto, as uniões homoafetivas. Os tribunais possuem inúmeros casos dessa alçada. Depois que o casal se submete ao processo de adoção, passando por todas as etapas necessárias para conseguir tal feito, não se leva mais em consideração o sexo do casal, mas o que ele tem a oferecer à criança: segurança, afeto, disponibilidade, entre outros requisitos.

De igual modo, tem-se assegurado através de julgados o direito de incluir o companheiro no plano de assistência médica do companheiro sobrevivente, de receber pensão por morte; ressalvando os casos da não comprovação da união estável homoafetiva, ou seja, quando não há preenchimento dos requisitos necessários, o direito não é concedido.

Em relação à partilha de bens adquiridos pelo esforço comum, constatou-se que quer em decorrência de uma união estável, quer em face do casamento que se sucedeu, impõe-se a partilha igualitária da construção levada a efeito, descabendo a atribuição de quinhões diferenciados pela eventual disparidade de aporte de cada um do par, cabendo a cada parte retirar o valor correspondente à contribuição que prestou para a consecução do resultado econômico ou patrimonial, sob pena de se configurar enriquecimento sem causa.

Na concorrência sucessória, portanto, existe uma certa dificuldade, pois existe o direito, mas tem que ser analisado o caso concreto, suas diversas variáveis, ou seja, deve-se ter os dados relativos à composição da entidade familiar do *de cuius* (com ou sem filhos; filhos comuns ou exclusivos de um dos companheiros; existência de parentes colaterais, etc.), assim como da composição do patrimônio (adquirido antes ou depois da união estável; por esforço ou herança), para que possa analisar e explicar, matematicamente, qual o quinhão cabível a cada um dos herdeiros.

REFERÊNCIAS

ANDRÉ, Theo. Os homossexuais e a aceitação sócia: uma trajetória contra o preconceito. apud SOUZA; Liliane Cristine da Silva. União **Homoafetiva no âmbito jurídico direito brasileiro**: a travessia brasileira que não se complementou. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/>>. Acesso em 22 out. 2012.

ALVES, Luiz Victor Monteiro. **A união estável e o direito sucessório face ao Novo Código Civil brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9. n. 332. 4 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5239>>. Acesso em: 26 out. 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Do concubinato ao casamento de fato. CEJUP. 2009. OLIVEIRA, Euclides. **Do concubinato ao casamento**. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

BORDA, Guilherme. Tratado de derecho civil argentino. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1969. v. 1. 53 p. 40. In: Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 5. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Código Civil Brasileiro de 2002. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Planalto, 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Planalto, 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 31 out. 2012.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 15 set. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em 31 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277.

Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 15 ago. 2012.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **A união homoafetiva no direito brasileiro contemporâneo**. Jus Navigandi, Teresina, 24 out. 2003, ano 7, n. 112. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br/>>. Acesso em 12 set. 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 4. Ed. São Paulo: RT, 2002.

CELICH, Dani Lúcia Salete. CELICH, Grasiela Cristine. **A possibilidade jurídica do casamento homoafetivo no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>>. Acesso em 30 set. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o Preconceito & a Justiça!** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de Família. v. 5. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 24.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Da união estável**. O direito na década de 1990. Novos aspectos. Estudos em homenagem ao Prof. Arnold Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. VI. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 542.

LAURENT, Principes de detrit civil farçais. 5 ed. Paris. v. 2. p. 527, apud Maria Helena Diniz. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 5. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.53.

LIMA, Regina Campos. AKIYOSHI, Lidamar Maria Navarro. **União Homossexual: Uma relação de amor**. Serviço Social em Revista. v. 5. n. 1. jul./dez. 2002. ISSN.

1679-4842. Londrina, São Paulo: Disponível em: <<http://www.uel.br/>>. Acesso em 15 set. 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. In: GOLIN, Célio; POCAHY, Fernando Altair; RIOS, Roger Raupp (orgs.). **A justiça e os direitos de gays e lésbicas**: jurisprudência comentada. Porto Alegre: Sulina, 2003.

MACHADO, Renata Durão. **Matrimônio Transexual**: a Necessária Flexibilização das Normas que Regulamentam o Instituto do Casamento no Direito da Família. Revista Brasileira de Direito da Família e Sucessões. Belo Horizonte. Magister, ano XIII, n. 24. out/nov. 2011.

MATO GROSSO, Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.199.667 - MT (2010/0115463-7). Relatora Ministra Nancy Andrighi. 2010. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br>>. Acesso em 16 set. 2012.

_____, Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.199.667 - MT (2010/0115463-7). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 2011. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br>>. Acesso em 16 set. 2012.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. Sentimentos não são dogmáticos. in: **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo: LTR, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito de família. 37. ed. V. 2. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 10-11. In: Maria Helena Diniz. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. v. 5. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes. 0582499-9/02, 12ª Câmara Cível. Relator: Antônio Loyola Vieira, 2011.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Entidades constitucionais familiarizadas: para além do numerus clausus**. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania. O novo CBB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 89-107. Apud: LÔBO, Paulo Luiz Netto. In: DIAS, Maria Berenice. op. cit., nota 9. p. 325.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**. v. I. 3. ed. São Paulo: Max Limonad. 1947. Apud. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de Família. v. 5. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO DE JANEIRO, Decreto-Lei Nº 220. 18 de Julho de 1975. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro.

_____, Tribunal de Justiça. Apelação 14332.98. 9º Câmara. Civil. Relator: Des. Jorge de Miranda Magalhães, Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acessado em 15 set. 2012.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2006/0209137-4, Relator: Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Data de Publicação: 10/08/2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 16 set. 2012.

_____, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70013801592. 7ª Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 16 set. 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: Lei Nº 10.406, de 10.01.2002. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Euclides. **União estável**. Do concubinato ao casamento – Antes e depois do Novo Código Civil. 6. ed. São Paulo: Métodos, 2006.p. 31.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. FABRIS, Sérgio Antônio. **Direito de Família**. Editor. Porto Alegre: 1990

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Homossexualidade**: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: Direito da família. v. 6. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.026.981 - RJ (2008/0025171-7). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 2011.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de justiça. Apelação nº 00072523520128190000. 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Luiz Felipe Francisco. 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: Lei Nº 10.406, de 10.01.2002. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Apelação Civil nº 2008.029815-9. 2ª Câmara Direito Civil. Relator: Desembargador Sérgio Izidoro Heil. 2011. Disponível em <<http://www.tjsc.jus.br/>>. Acesso em 20 Set. 2012.

_____, Tribunal de justiça, Apelação Civil nº 12229 SC 2011.001222-9. 3ª Câmara de Direito Civil. Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta, 2011. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br/>>. Acesso em 20 Set. 2012.

SERGIPE, Tribunal de Justiça. APELAÇÃO CÍVEL Nº 4020/201. 12ª Vara Cível. Relator: Desembargador Cezário Siqueira Neto. 2011.

SOUZA; Liliane Cristine da Silva. **União homoafetiva no âmbito jurídico direito brasileiro**: a travessia brasileira que não se complementou. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/>>. Acesso em: 22 out. 2012.

VELOSO, Caetano Emanuel Viana Teles. **Sampa**. Perfil: Som Livre, 2006, Faixa 9.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. v. VI. São Paulo: Atlas; 2008.

ANEXO A - Provimento 06/2012 – Tribunal de
Justiça de Sergipe



**ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIÁRIO**

Provimento nº 06/2012

Dispõe sobre a lavratura de Escritura Pública de Declaração de União Estável homoafetiva e autoriza o processamento de pedido de habilitação para casamento entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

O Desembargador NETÔNIO BEZERRA MACHADO, Corregedor- Geral da Justiça do Estado de Sergipe, no uso de suas atribuições conferidas pelo art. 30 da Lei Complementar nº 88/2003 cumulado com o art. 55, inciso XXIII, da Resolução nº 017/2004 deste Egrégio Tribunal de Justiça, e,

CONSIDERANDO que a Constituição Federal estabelece o respeito à dignidade humana e a isonomia de todos perante a Lei, sem distinções de qualquer natureza, inclusive de sexo, conforme os princípios explícitos no inciso III do artigo 1º, no inciso IV do artigo 3º, no caput e no inciso I do art.5º;

CONSIDERANDO a previsão do artigo 215 do Código Civil, que reconhece que a escritura pública lavrada pelo tabelionato de notas constitui documento dotado de fé pública capaz de produzir prova plena;

CONSIDERANDO o disposto nos artigos 1.723 a 1.727 da Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil", os quais regulam a união estável;



**ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIÁRIO**

CONSIDERANDO a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, nos autos da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ, em que se reconheceu a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, atribuindo-se aos conviventes homoafetivos os mesmos direitos e deveres decorrentes da união estável heterossexual;

CONSIDERANDO o que foi decidido nos autos da Consulta nº 11588/2011;

CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. nº 1183378, autorizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo;

CONSIDERANDO que a Constituição Federal assegura o direito de petição a todos, na salvaguarda dos seus direitos (art. 5º, XXXIV, a);

CONSIDERANDO a necessidade de regular, disciplinar e uniformizar o procedimento a ser adotado pelos serviços notariais e de registro,

RESOLVE:

Art. 1º. Altera o Provimento nº 23/2008 - Consolidação Normativa Notarial e Registral – para substituir a Subseção IV da Seção V do Capítulo V, que passará a ser denominada “Da União Estável”, com a seguinte redação:

“Subseção IV
Da União Estável



**ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIÁRIO**

Art. 407-A - Os atos notariais e de registro relativos à união estável observarão o disposto nesta Consolidação Normativa.

§ 1º. Considera-se como união estável aquela formada pelo homem e pela mulher, bem como a mantida por pessoas do mesmo sexo, desde que configurada na convivência pública, contínua e duradoura.

§ 2º - Não haverá, em razão do gênero dos conviventes, distinção nas lavraturas de escrituras de união estável.

Art. 407-B – Faculta-se aos conviventes, plenamente capazes, lavrarem escritura pública declaratória de união estável, observando o disposto nos artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil.

Parágrafo único. A declaração de união homoafetiva será feita por escritura pública perante o Tabelionato de Notas.

Art. 407-C - A escritura fará prova para os casais homoafetivos que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, legitimando o relacionamento, comprovando seus direitos e disciplinando a convivência de acordo com seus interesses.

Art. 407-D - Para a prática do ato a que se referem os artigos anteriores, as partes poderão ser representadas por procurador, desde que munido de procuração pública com poderes específicos para o ato, outorgada há no máximo 90 (noventa) dias.

Parágrafo único. Se a procuração mencionada no § 1º deste artigo houver sido outorgada há mais de 90 (noventa) dias, deverá ser exigida certidão do serviço notarial onde foi passado o instrumento público do mandato, dando conta de que não foi ele revogado ou anulado.



**ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIÁRIO**

Art. 407-E - As partes devem declarar ao tabelião, no ato da lavratura da escritura, que são absolutamente capazes, indicando seus nomes e as datas de nascimento, estes comprovados por documentos idôneos, firmando declaração de que não são casadas, sob as penas da lei.

Art. 407-F - Para a lavratura da escritura, deverão ser apresentados os seguintes documentos:

I - documento de identidade oficial e CPF das partes;

II - certidão de nascimento ou de casamento, averbado o divórcio ou a separação judicial, se for o caso.

III - certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos, se houver; e

IV - documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver, bem como de semoventes.

§ 1º - Os documentos apresentados no ato da lavratura da escritura devem ser em originais ou em cópias autenticadas, salvo os de identidade das partes, que sempre serão em originais.

§ 2º - As cópias dos documentos apresentados serão arquivadas em classificador próprio de documentos de escrituras públicas de declaração de união estável.

Art.407-G - Havendo bens, as partes deverão declarar aqueles que constituem patrimônio individual e comum, podendo indicar os suscetíveis de divisão no caso de dissolução da união estável.



**ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIÁRIO**

Art. 407-H - Havendo transmissão de propriedade do patrimônio individual de um convivente ao outro, deverá ser comprovado o recolhimento do tributo devido sobre a fração transferida.

Art. 407-I - Quanto aos bens, o tabelião deverá observar:

I - se imóveis, a prova de domínio por certidão de propriedade atualizada;

II - se imóvel urbano, a menção à sua localização e ao número da matrícula (art. 2º da Lei nº 7.433/85);

III - se imóvel rural, a descrição e a caracterização tal como constar no registro imobiliário, havendo, ainda, necessidade de apresentação e menção na escritura do Certificado de Cadastro do INCRA – CCIR, e da prova de quitação do imposto territorial rural, relativo aos últimos cinco anos, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 20 e 21 da Lei nº 9.393/96;

IV - em caso de imóvel descaracterizado na matrícula, por desmembramento ou expropriação parcial, a prévia apuração do remanescente;

V - em caso de imóvel demolido, com alteração de cadastro de contribuinte, de número do prédio ou de nome de rua, a menção no título da situação antiga e da atual, mediante apresentação do respectivo comprovante;

VI – nas hipóteses de existência de bem móvel, a comprovação de domínio e valor, se houver, realizando a descrição dos sinais característicos;

VII - com relação aos direitos e posse, a precisa indicação quanto a sua natureza, além de determinados e especificados;

VIII – se semoventes, a indicação em número, espécies, marcas e sinais distintivos;

IX – se dinheiro, jóias, objetos de metais e pedras preciosos, a indicação com especificação da qualidade, peso e importância; e

X – se ações e títulos, as devidas especificações.

Parágrafo único. As partes deverão atribuir valor a cada bem.



**ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIÁRIO**

Art. 407-J - Não há sigilo no ato de lavratura das escrituras de que trata esta subseção.

Art. 407-K - Desde que haja consentimento dos declarantes, a escritura pública de união estável pode ser retificada, gerando a retificação efeitos “*ex nunc*”.

Art. 407-L Uma vez lavrada a escritura pública declaratória de união estável, poderão os conviventes realizar, no serviço de registro de imóveis, os seguintes atos:

I - registro da instituição de bem de família, nos termos dos artigos 167, inciso I, item 1, da Lei Federal nº 6.015/1973;

II - averbação, na matrícula, da escritura pública declaratória de união estável, nos termos do artigo 246, caput, da Lei de Registros Públicos.

Parágrafo único. Para a prática do ato mencionado no caput deste artigo, deverá ser apresentada a escritura pública declaratória de união estável.

Art. 407-M – Inexiste óbice à lavratura de escritura pública de dissolução de união estável, inclusive com partilha de bens, podendo-se aplicar no que couber as disposições da Lei nº 11.441/2007.

Parágrafo único. A escritura pública de dissolução de união estável não depende de homologação judicial e é título hábil para o registro imobiliário, nos termos do item 5 do inciso II do artigo 167 da Lei nº 6.015/73”.

Art. 2º. Altera o Provimento nº 23/2008 - Consolidação Normativa Notarial e Registral – para incluir a Subseção V na Seção V do Capítulo V, sob a denominação



**ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIÁRIO**

“Da Conversão da União Estável em Casamento”, que conterà o artigo 408, mantida sua redação original.

Art. 3º. Fica acrescentado o artigo 374-A à Consolidação Normativa Notarial e Registral, instituída pelo Provimento nº 23/2008, com a seguinte redação:

“Art. 374-A Os Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais do Estado de Sergipe deverão receber os pedidos de habilitação para casamento de pessoas do mesmo sexo, procedendo na forma do artigo 1.526 da Lei nº 10.406/2002”.

Registre-se. Publique-se. Cumpra-se.

Aracaju(SE), 05 de julho de 2012.

Desembargador Netônio Bezerra Machado
Corregedor-Geral da Justiça

ANEXO B - Decisão Preliminar – Deferimento de Seguimento de Habilitação de Casamento Civil – 4ª Vara Privativa de Assistência Judiciária da Comarca de Aracaju.



ESTADO DE SERGIPE

PODER JUDICIARIO

2ª VARA PRIVATIVA DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA DA COMARCA DE ARACAJU/SE

Processo: 201230200270

Classe: Habilitação de Casamento

Autoras: Ângela Maria Guimarães e Carla Viviane Campos Fontes

DECISÃO PRELIMINAR – DEFERIMENTO DE SEGUIMENTO DE HABILITAÇÃO DE CASAMENTO CIVIL

ÂNGELA MARIA GUIMARÃES e CARLA VIVIANE CAMPOS FONTES, devidamente qualificadas na inicial, ajuizaram a presente Ação autorizativa de **HABILITAÇÃO DE CASAMENTO CIVIL**, tendo em vista a negativa dos Cartórios de Registro Civil em proceder à habilitação de casamento espontaneamente, mediante apenas requerimento das interessadas.

Com vista, o Ministério Público manifestou-se pela procedência do pedido.

É O SUCINTO RELATÓRIO. PASSO A DECIDIR.

Versam os presentes autos acerca de um pedido de autorização para habilitação de casamento promovido por duas pessoas do mesmo sexo, duas mulheres, que pretendem revestir sua união com os mesmos efeitos que a lei civil permite ao casamento realizado entre pessoas de sexo diferente, ou seja, homem e mulher.

Em primeira vista, ocorreria a qualquer instrumentador do Direito a sensação de estar diante de um desafio quando defrontado com o trato de aspectos



ESTADO DE SERGIPE PODER JUDICIARIO

da vida humana tidos ainda como “tabus” e que, além disso, exigiria solução que importasse um re-olhar, uma re-visão a respeito de conceitos há muito implantados no seio da sociedade.

O tema aqui abordado é ainda, de fato, um “**tabu**”.

Mas o que é considerado um “tabu”? Tabu é, segundo o Dicionário Aurélio “1. *Proibição de determinada ação, de aproximação ou contato com algo ou alguém que é considerado sagrado. 2. Lugar, animal, objeto, coisa ou ação proibidos por temor de castigo divino ou sobrenatural. 3. Medo ou proibição de origem religiosa, social ou cultural. 4. Assunto de que não se pode ou não se deve falar. / adj. 2 g.1. Que é proibido. 2. Que não se pode ou deve proferir ou de que não se pode ou não se deve falar.*”

Não obstante o tema do casamento entre pessoas do mesmo sexo ainda possa ser considerado, por razões eminentemente de origem religiosa, um “tabu”, **NÃO VISLUMBRAMOS UM “DESAFIO” NO ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO POSTA COM O PEDIDO. NÃO ANTEVEMOS DIFICULDADE NO TRATO JURÍDICO DE UM ASPECTO TÃO INERENTE À CONDIÇÃO HUMANA: AMAR E SER AMADO.** *Afinal, o amar entre pessoas adultas e em plena capacidade de pensar e de determinar-se de acordo com isso deve ser sempre respeitado e honrado.*

A questão é simples. E a simplicidade da questão roga por uma simplicidade de abordagem e de tratamento. **Não obstante assim seja, esta Magistrada, não por voluntário querer de alongamento e exposição de seus humilíssimos e modestos patrimônios intelectuais e profissionais,** mas fiel ao



**ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIARIO**

dever legal de fundamentar o ato judicial, em especial aquele que possa conter um viés de pretensa “novidade”, o uso de um novo paradigma social para tratar da relação jurídica do casamento em face da tradição atrelada ao instituto; fiel ao dever de dotar esta sentença, que é um documento público e, por isso, dirigido à sociedade, de inteligibilidade e consistência, vem desenhando, nesta decisão, um a um, seus argumentos para a definição do seu sentir e do seu pensar sobre o pedido citado. Como ocorreu com todas as sentenças e todos os votos que lhe antecederam em questões semelhantes, inclusive os brilhantes votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal em festejada decisão de maio/2011 sobre a conversão da união estável em casamento. Em resumo: a simplicidade da questão fática não retira a necessidade de se expor as razões do julgamento, que são jurídicas, e as quais a sociedade tem o direito de conhecer, a par do dever da Julgadora de expor os fundamentos de suas decisões.

E assim introduzo o trato do tema, porque o próprio detalhamento da fundamentação poderia ser considerado, em perspectiva equivocada, como um fator de diferenciação, de discriminação na abordagem de casos semelhantes. Há muitos pedidos de habilitação de casamento entre pessoas de sexo **diferente** que são julgados diuturnamente nesta Vara e nenhum teve o detalhamento que esta decisão traz em fundamentação. Que tal detalhamento, porém, seja encarado como de fato é: **não como fator de discriminação, de prestígio ou de menoscabo por conta dos gêneros envolvidos em cada um dos processos, mas por necessidade de fincar um marco de inauguração de uma nova vertente de pensamento, de mais um passo de consolidação de tratamento igualitário entre iguais nesta Vara Judicial, e (quem sabe) de fomentar a proibição de que as cercas da desigualdade se levantem, ou teimem em ficar em pé, em outros**



ESTADO DE SERGIPE PODER JUDICIARIO

brincões, sempre respeitando os sentires e os olhares diferentes do meu. “O verdadeiro progresso prescinde da violência”. (André Luiz, por Chico Xavier, *in* Caridade)

Passando ao enfrentamento da questão que nos é trazida à apreciação, em primeiro lugar queremos destacar que há leis “naturais”, a partir das quais se derivam (ou deveriam se derivar) os valores das sociedades. A **liberdade, o respeito, a justiça, a fraternidade, a igualdade**, dentre outros, são valores representativos dessas leis “naturais”, universais, imutáveis. São valores que estão acima das leis, dos regramentos, que resistem ao tempo e aos condicionamentos sociais. Em direito, diríamos que são valores **supralegais**, que pairam acima dos demais e, em geral, os regem.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 expressamente encampou alguns desses valores (que representam as leis universais citadas) em seu preâmbulo e em alguns de seus artigos (ex vi arts. 1o., 2o., 3o., 4o, 5o., 7º, 37, 226, e por aí vai).

O que se traz aqui à lume é a discussão sobre a possibilidade de deferimento da habilitação de casamento civil sem prévia união estável (que importaria em mera conversão) entre pessoas de mesmo gênero.

“É que ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo e lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva. Dissenso a que não escapam magistrados singulares e membros de Tribunais Judiciários, com o sé-



**ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIARIO**

rio risco da indevida mescla entre a dimensão exacerbadamente subjetiva de uns e de outros e a dimensão objetiva do Direito que lhes cabe aplicar. (...) ‘Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que **nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade.** É a perene postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração”. (fragmentos do voto do Ministros Carlos Britto no julgamento da ADPF nº 132-RJ e ADI 4.277, em 05.05.2011-STF).

A diversidade dos papéis sócio-culturais, e em especial a orientação sexual dos indivíduos não deve importar a colocação dos casais homossexuais à margem da lei. Eles, como os casais heterossexuais, são tão destinatários dos princípios constitucionais da IGUALDADE, da DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, da NUCLEARIZAÇÃO DA FAMÍLIA, da INTIMIDADE, da PRIVACIDADE, e de outros atrelados à condição dos indivíduos em relação a si mesmo e em relações entre si e com a sociedade, como quaisquer outros cidadãos.

Aqui incluo, por necessária ilustração, mais um fragmento do voto (tão rico e brilhante!) do ilustre ministro sergipano:

[...] o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art. 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco)”.

A par da necessidade de interpretar a norma constitucional conforme ela própria, não devemos deslembrar que, em que pese a previsão constitucional não



**PODER JUDICIARIO
ESTADO DE SERGIPE**

haver expressado, linguisticamente, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em nenhuma passagem proibiu tal “modalidade” (pedindo permissão pelas aspas porque, na verdade, não há mesmo modalidade, mas um único instituto, num trato que deve ser uniforme e linear, único) casamento. E isso é juridicamente (muito) significativo. Assim, a interpretação das normas, no âmbito exclusivamente da própria constituição, deve ser **inclusiva e integrativa**, à vista dos princípios que ela traz, como acima citamos alguns, e das circunstâncias sociais e históricas da época da promulgação da Carta Federal em 1988, e dos dias atuais.

Art.5º, inciso II, da Constituição Federal :

“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O fato social que envolve a realidade do relacionamento entre pessoas do mesmo sexo ou gênero atualmente é bem outro, muito diverso do que vigorava há 24 anos atrás. As mudanças sociais, econômicas, climáticas, científicas, comportamentais, enfim, em quase todos os aspectos da vida humana na Terra são cada vez mais vigorosas e rápidas ; assistimos a quebras brutais de padrões e mudanças essenciais de paradigmas em várias áreas da atividade humana com constância cada vez maior e em intervalos de tempo cada vez menores. E as instituições humanas, ainda carentes de certos elementos externos de referência coletiva e individual, são sempre as ultimas a se adequarem a essas mudanças, apesar de testemunharmos um movimento salutar e crescente que prioriza a afetividade nas relações humanas, que se desloca silenciosa e constantemente do ter para o ser, da periferia para o núcleo dos seres dotados de alma e inteligência. Haveremos de chegar “lá”, em breve.



ESTADO DE SERGIPE PODER JUDICIARIO

Comparativamente, ao longo dos anos, no Brasil, a condição da mulher e a de institutos envolvendo as relações entre os sexos (a união estável, o concubinato) passou por mudanças significativas. Foi um longo caminho percorrido nos âmbitos judiciais e legislativos até se chegar ao panorama de hoje, onde a desigualdade de tratamentos é *mínima* - embora ainda persista e tenda a se extinguir.

A menção, na Constituição Federal /88, à condição de gênero (homem e mulher) para o casamento, para a união estável e para o poder familiar, se deu não apenas por resquícios religiosos e sexistas (a idéia de sexo apenas para procriação, com todo seu arcabouço discriminatório, etc.), mas também para reafirmar, naquele momento histórico, a posição de *igualdade* com que se deveriam considerar os gêneros, em especial o feminino (a mulher), que vinha de uma longa jornada de tratamento indigno e desigualador. O fato social que se delineava na maioria das relações sociais entre os sexos, naquela época, há 23 ou 24 anos atrás (1988), era, predominantemente, aquele; aquele era o traço de maior expressão na relação entre os sexos, e as expressões referentes ao gênero tendiam ao resgate da igualdade da mulher com relação ao homem nas relações jurídicas. Ainda assim, apesar do tremendo avanço, a Carta Federal/88 não teve como, *onipotentemente*, prever tudo, usar todas as expressões, esgotar todas as possibilidades, usar todas as palavras para todos os casos possíveis, abarcar todos os fenômenos que a sociedade nem suspeitava poder existir ou se estabelecer naquele contexto temporal. *Querer diferente seria lançar a lei máxima do país à condição de mero arquivo linguístico de regulamentação, de mero repertório prescritivo, e de uma espécie de oráculo pós-moder*



**ESTADO DE SERGIPE
PODER JUDICIARIO**

no, o que é um absurdo em todos as perspectivas que se adote. Havia muita novidade a caminho, em todo o mundo, em todos os âmbitos, talvez apenas ao alcance da percepção ou do vislumbre de uns poucos visionários. Por isso o trabalho de integração e de interpretação da norma é contínuo.

De outro tanto, a exemplo do que ocorreu com a condição da mulher, das famílias, das uniões estáveis, a evolução do tratamento das uniões entre pessoas do mesmo sexo também vem sofrendo constantes aperfeiçoamentos. A união homoafetiva já vinha sendo objeto de discussão nos Juízos Singulares e nos Colegiados há algum tempo. Primeiro foi considerada pelos Tribunais como mera sociedade de fato (enquanto muitos Juizes já avançavam para o sentido da união estável mesma), e depois como uma espécie de união onde apenas alguns direitos do companheirismo eram reconhecidos, até se chegar ao reconhecimento da união estável propriamente dita, igual à existente entre pessoas de sexo diferente; e, por fim, chegou-se à histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, em 05 de maio de 2011, afastou as especulações e estabeleceu as bases de tratamento da questão para todos os demais julgamentos semelhantes no país (o efeito vinculante).

A partir daí, muitas decisões vem surgindo, em especial com relação à conversão de uniões estáveis em casamento. Aqui, lanço algumas **ilustrações interessantes** a respeito do tratamento do tema e no âmbito judicial:

“(...) (PRIMEIRA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU PROLATADA APÓS A DECISÃO DO STF) Por todo o exposto, HOMOLOGO a disposição de vontades declarada pelos requerentes do presente procedimento, para CONVERTER em CASAMENTO, pelo regime escolhido da comunhão parcial de bens, a união estável dos mesmos - os quais, por força deste casamento, passam a se chamar respectivamente “L.A. R.S.M.” e “J.S.S.M.”.



**PODER JUDICÁRIO
ESTADO DE SERGIPE**

Tratando-se esta sentença de ato judicial que substitui a celebração, a mesma tem efeitos imediatos. Assim, lavre-se o registro de casamento e providencie-se o necessário às averbações nos registros dos nascimentos das partes. No mais, nada sendo requerido em 30 (trinta) dias, arquivem-se os autos. P.R.I. Ciência ao Ministério Público. Jacareí/SP, 27 de junho de 2011. Fernando Henrique Pinto - Juiz de Direito “

RESP Nº 1.183.378 RS CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (20100036663-8)

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

RECORRENTE: K R O

RECORRENTE: L P

ADVOGADO: GUSTAVO CARVALHO BERNARDES E OUTRO(S)

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da *constitucionalização do direito civil*, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como *entidade familiar*, entendida esta como sinônimo perfeito de *família*.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito *poliformismo familiar* em que *arranjos multifacetados* são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais



PODER JUDICIÁRIO ESTADO DE SERGIPE

também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O *pluralismo familiar* engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, *pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.*

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. *Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença.* Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contra majoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a

Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece,



**PODER JUDICIARIO
ESTADO DE SERGIPE**

porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido.

RESP Nº 827.962 – RS HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO UNIÃO ESTÁVEL (2006/0057725-5) (f)

RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO: C W E OUTRO

ADVOGADOS: CLÁUDIO TESSARI

ROGER CAETANO E OUTRO

CIVIL. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EMPREGO DA ANALOGIA.

1. "A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas".

2. É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual, uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda com tal propósito. Competência do juízo da vara de família para julgar o pedido.

3. Os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil autorizam o julgador a reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo.

4. A extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

5. A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual.

6. Recurso especial desprovido.

Mas no caso tratado temos um *plus*: **não se pretende apenas a conversão de uma convivência já implantada (união estável) em casamento; pretende-se a habilitação e a celebração de um casamento por autoridade judiciária para estabelecer esta convivência, estando ela, desde seu começo,**



amparada pelo amplo espectro da lei.

Não obstante a Carta Federal crie certa igualdade de tratamento entre aspectos de proteção jurídica imediatos que a segunda. E são tais aspectos e tal condição que as requerentes buscam no âmbito judicial e pretendem usufruir através desta ação para preparo de habilitação de casamento. Há aqui um aspecto que vai além do conforto que a decisão do STF nos trouxe: **as requerentes querem estabelecer o contrato de casamento se submetendo apenas e tão-somente às mesmas exigências que quaisquer outros tipos de pares que são admitidos ao processo de habilitação. Elas pleiteiam ser tratadas com igualdade em relação a quaisquer outros cidadãos nas mesmas condições civis e humanas que elas. Por isso a questão, como acima já destacamos, é tão simples, e deve ser encarada nessa exata medida.**

E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não-equivalência jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição.”(outro fragmento do voto do Ministros Carlos Britto no julgamento da ADPF nº 132-RJ e **ADI 4.277, em 05.05.2011-STF**).

Como é por dentro outra pessoa. Quem é que o saberá sonhar? A alma de outrem é outro universo. Com que não há comunicação possível. Com que não há verdadeiro entendimento. Nada sabemos da alma Senão da nossa. As dos outros são olhares. São gestos, são palavras. Com a suposição de qualquer semelhança. No fundo. (Fernando Pessoa, 1934).

Logo, se há reconhecimento da família formada por casais homoafetivos se a união homoafetiva equiparada foi à união estável entre pessoas de sexo diferente, e se inexistente vedação constitucional discriminatória, segundo orientação e



interpretação das questões pela Corte Máxima do país, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, razão não há para que os cidadãos, independentemente de gênero, tenham o seu direito reconhecido e garantido de realizar o seu casamento civil diretamente, sem submissão à via prévia da união estável (a fim de que se consigam a conversão de tal união estável em casamento). Por derradeiro, cabe registrar que a *V Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF)* concluiu, no informativo 525, que “é possível a conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, observados os requisitos exigidos para a respectiva habilitação”, o que fortifica ainda mais a possibilidade de realização do casamento civil pela via direta.

ANTE TODO O EXPOSTO, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO** para autorizar, **PRELIMINARMENTE**, se proceda à **habilitação do casamento das requerentes ÂNGELA MARIA GUIMARÃES e CARLA VIVIANE CAMPOS FONTES**, conforme os trâmites previstos na lei, ao tempo em que determino ao Cartório de Registro Civil do 14º Ofício da Comarca de Aracaju/SE que promova os atos administrativos para preparo da celebração do **casamento civil** das requerentes por esta Juíza.

Encaminhe-se cópia desta decisão ao registro Civil para as providências e aguarde-se o envio da certidão de habilitação para que seja designada a **data de celebração do ato pela autoridade judicial. SUSPENDA-SE O CURSO DO FEITO até que o Cartório do registro Civil envie certidão de habilitação para celebração do casamento. ANOTE-SE. INTIMEM-SE.**

Aracaju, de 03 de maio de 2012.

GARDÊNIA CARMELO PRADO

Juíza de Direito