

UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO E PORTUGUÊS: O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADE FAMILIAR¹

Marcelo Leandro Pereira Lopes²

Sarah Maria Veloso Freire³

Resumo: O presente artigo científico tem por objeto uma análise comparada da união estável no direito brasileiro e no direito português, ressaltando as principais características e a possibilidade do surgimento de uma família a partir de sua constituição, especificamente em se tratando de uniões homoafetivas. Para tanto, faz-se necessária uma abordagem dos principais aspectos jurídico-legais deste instituto, ressaltando as legislações e doutrinas referentes ao tema, bem sua evolução no âmbito daqueles países. Esta pesquisa é de cunho bibliográfico e compilatório com ênfase nos aspectos comparativos. Constatou-se que com o advento da Lei Maria da Penha e o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da possibilidade de

1 Artigo científico apresentado à Universidade Autônoma de Lisboa – UAL, no Curso de Especialização com Acesso ao Mestrado em Direito, em Portugal, na Disciplina Direito Civil, ministrado pela Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas.

2 Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Especialista em Direito Constitucional UFPI. Bacharel em Direito pela UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ- UFPI. Professor pesquisador e Coordenador do Núcleo de Estudo e Pesquisa em Política, Estado e Direito Constitucional – NEPEEDIC. E-mail: marcelolp1@hotmail.com

3 Advogada e Professora Universitária. Aluna do curso de Especialização com acesso ao Mestrado em Direito pela Universidade Autônoma de Lisboa – UAL

estabelecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, no Brasil, e a Lei da União de Facto e a mudança do Código Civil, em Portugal, as uniões homoafetivas foram efetivamente reconhecidas como entidade familiar, não podendo mais serem consideradas sociedade de fato, sob pena de retrocesso.

Palavras-chave: união estável, união de facto, união homoafetiva.

Abstract: This scientific article is a comparative analysis of the stable union in Brazilian law and Portuguese law, highlighting the main features and the possibility of the emergence of a family from its constitution, specifically when it comes to union between same-sex. To this end, it is necessary to address the main legal aspects of the institute, underscoring the laws and doctrines on the subject, and its evolution within those countries. This research is a bibliographic and summary with emphasis on comparative aspects. It was found that with the advent of Maria da Penha Law and recognition by the Supreme Court of the possibility of establishing stable relationships between persons of the same sex, in Brazil, and the Act of Union of Fact and change the Civil Code, in Portugal, union between same-sex were effectively recognized as a family can no longer be considered a de facto partnership, under penalty of backsliding.

Keywords: stable union, de facto union, union between same-sex.

INTRODUÇÃO



Entende-se por união estável ou “união de facto” (como é denominada em Portugal) o instituto jurídico que estabelece legalmente a convivência entre duas pessoas

sem que para tanto seja necessária a celebração do casamento civil.

Vê-se que, paralelamente ao casamento contrapõe-se a união livre, que também gera efeitos jurídicos. A família é um fenômeno social preexistente ao casamento, um fato natural. A sociedade, em determinado momento histórico, institui o casamento como regra de conduta e, a partir daí, surge a problemática da união conjugal sem casamento.

Alguns ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, já reconhecem como entidade familiar o relacionamento decorrente da união estável; em outros, a legislação já reconheceu e concedeu certos direitos aos conviventes sem, no entanto, reconhecer como família a relação estável, pública e duradoura entre homem mulher que vivem como se casados fossem.

Entende-se que a referida transformação vem ocorrendo em decorrência das mudanças comportamentais vivenciadas pela sociedade, que terminam por refletir, no direito, novas ideias e concepções.

Ocorre que a sociedade ainda mantém uma postura discriminatória nas questões da homossexualidade, apesar de se proclamar defensora da igualdade e, em virtude deste preconceito, tenta-se excluir a homossexualidade do mundo do direito.

A base do sistema jurídico brasileiro, bem como o português, é o respeito à dignidade humana, à liberdade e à igualdade. Sendo todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, inclui-se, obviamente, a orientação sexual que se optar. Destarte, a homossexualidade merece a tutela jurídica.

Assim, a carência de regulamentação jurídica impõe que as uniões homoafetivas sejam identificadas como entidades familiares na seara do Direito de Família, pois presente a afetividade no vínculo, em nada se diferencia das uniões heterossexuais, devendo ser consideradas como entidades familiares.

1. UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO

1.1. ASPECTOS HISTÓRICOS

No Brasil, a legislação sucessivamente veio aprimorando o conceito de união estável que, apesar de sempre ter se revelado como uma realidade social, tardou a ter seus efeitos reconhecidos pelo direito brasileiro. Não obstante o claro repúdio do legislador, os vínculos afetivos fora do casamento sempre existiram.

Isto porque nosso ordenamento jurídico, desde seus primeiros diplomas legais, vê no casamento a única forma possível de constituição da família⁴, mostrando-se sempre inflexível quanto ao reconhecimento de efeitos positivos advindos das relações estáveis, mesmo as constituídas sem impedimentos matrimoniais, o que deu ensejo a muitos conflitos e injustiças.

Toda regulamentação jurídica que se produzia era destinada ao matrimônio, estando qualquer outra forma de agrupamento familiar excluída de proteção, tendo no casamento o núcleo de formação da família legítima. Assim, os homens e mulheres que viviam uma relação estável e duradoura, sem o vínculo do matrimônio, não faziam jus aos direitos que eram conferidos às pessoas casadas, inclusive, os direitos sucessórios. As uniões firmadas sem matrimônio eram identificadas com o nome de concubinato.

Segundo Fernanda Moreira dos Santos⁵, o Código Civil de 1916 reconhecia apenas as famílias que se formassem a partir do vínculo do casamento como aptas a produzir efeitos jurí-

4 BARBOZA, Heloisa Helena. O direito de família brasileiro no final do século XX. *A nova família: Problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997. p. 88.

5 SANTOS, Fernanda Moreira dos. *União estável e direitos sucessórios à luz do Direito Civil-Constitucional*. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, n. 1011, 8 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8213>>. Acesso em: 13 set. 2011.

dicos. Assim, todos os demais modelos de união familiar eram desconsideradas ou excluídas/alijadas da legislação específica. Dentre as uniões estabelecidas, nem mesmo as relações denominadas de concubinatos puros, isto é, as relações não formalizadas constituídas por um homem e uma mulher que não possuíam impedimentos para o casamento, eram validadas pelo nosso ordenamento jurídico.

Destarte, o Código Civil supramencionado, visando proteger a família constituída pelos sagrados laços do matrimônio, omitiu-se em regular as relações extramatrimoniais.

Ocorre que quando do rompimento destas relações, as demandas batiam às portas do Judiciário e as soluções encontradas regravam apenas os direitos patrimoniais do relacionamento, visando evitar injustiças.

Passou a justiça, portanto, a reconhecer a existência da sociedade de fato; mas, para haver divisão dos bens adquiridos na constância da união, era necessária a prova da contribuição financeira efetiva de cada consorte para a constituição do patrimônio. Tal solução foi sumulada pelo Supremo Tribunal Federal⁶, em 1964.

Conforme Maria Berenice Dias⁷,

“Com a evolução os costumes, as uniões extramatrimoniais acabaram merecendo a aceitação da sociedade, levando a Constituição a dar nova dimensão à concepção de família e introduzir um termo generalizante: entidade familiar. Alargou o conceito de família, passando a proteger relacionamentos outros além dos constituídos pelo casamento. Emprestou juridicidade aos enlaces extramatrimoniais até então marginalizados pela lei. Assim, o concubinato foi colocado sob regime de absoluta legalidade. As uniões de fato entre homem e uma mulher foram reconhecidas como entidade fa-

6 Súmula 380 do STF: 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.

7 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 159.

miliar, com o nome de união estável.”

Assim, a partir da segunda metade do século XX, verificou-se uma evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa, passando a ser conferidos direitos àqueles que viviam em união estável. O marco de tal evolução se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que elevou o concubinato puro, agora denominado de união estável, ao patamar de entidade familiar, assim como a família proveniente do casamento.

A partir daí puderam ser atribuídos aos companheiros os direitos sucessórios, através da legislação infraconstitucional.

Registra-se que a união estável, inserida na Constituição de 1988, é o epílogo de lenta e tormentosa trajetória de discriminação e desconsideração legal, com as situações existenciais enquadradas sob o conceito depreciativo de concubinato, definido como relações imorais e ilícitas, que desafiavam a sacralidade atribuída ao casamento. A influência da Igreja Católica impediu as tentativas de projetos de lei em se atribuir alguns efeitos jurídicos ao concubinato, máxime em razão do impedimento legal ao divórcio, que apenas em 1977 ingressou na ordem jurídica brasileira. A ausência do divórcio foi responsável pelo crescimento exponencial das relações concubinárias⁸.

1.2. UNIÃO ESTÁVEL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 E NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Sobre o conceito de união estável no Brasil, Paulo Lôbo⁹ dispõe que:

“A união estável é a entidade familiar constituída por homem e mulher que convivem em posse do estado de casamento, ou com aparência de casamento (*more uxorio*). É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude

⁸ LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 168/169.

⁹ Ob. cit. p. 168.

de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade própria, com seus elencos de direitos e deveres. Ainda que o casamento seja sua referência estrutural, é distinta deste; cada entidade é dotada de estatuto jurídico próprio, sem hierarquia ou primazia.”

A Constituição Federal Brasileira reconhece a União Estável entre homem e mulher como entidade familiar, em seu art. 226, §§3º e 4º, *in verbis*:

“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.

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

Segundo Maria Berenice Dias¹⁰,

“A Constituição, ao garantir especial proteção à família, citou algumas entidades familiares, as mais frequentes, mas não as desigualou. Limitou-se a elencá-las, não lhes dispensando tratamento diferenciado. O fato de mencionar primeiro o casamento, depois a união estável e, por último a família monoparental não significa qualquer preferência nem revela escala de prioridade entre eles. Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, ocorreu equiparação das entidades familiares, sendo todas merecedoras da mesma proteção. A Constituição acabou por reconhecer juridicidade ao afeto ao elevar as uniões constituídas pelo vínculo de afetividade à categoria de entidade familiar.”

Deve-se entender por entidade familiar toda e qualquer espécie de união capaz de servir de acolhedouro das emoções e das afeições dos seres humanos.

Através da leitura do artigo constitucional acima transcrito verifica-se que uma entidade familiar pode ser a união estável ou a comunidade formada por qualquer dos pais e seus des-

10 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 160.

cedentes. Ocorre que as formas de constituição da família não são e nem poderiam ser taxativas, pois não cabe ao legislador escolher o modo de constituição de uma família.

Com as significativas transformações no instituto da família, novas formas passam a existir simultaneamente dentro da sociedade, juntamente com a família dita tradicional.

Destacam-se como características de uma entidade familiar a afeitividade, a estabilidade e a ostensibilidade.

Registre-se que a especial proteção constitucional atribuída à união estável de muito pouco serviu, pois permaneceu sem reflexos na jurisprudência. Em face da não aplicabilidade da norma constitucional, duas leis vieram regulamentar a referida união.

A Lei nº 8.971/1994 assegurou direito a alimentos e à sucessão do companheiro. Essa lei reconheceu como união estável a relação entre pessoas solteiras, judicialmente separadas, divorciadas ou viúvas, deixando de fora os separados de fato. Ainda, só reconheceu como estáveis as relações existentes há mais de cinco anos ou das quais houvesse nascido prole. Também, assegurou ao companheiro sobrevivente o usufruto sobre parte dos bens deixados pelo *de cujus* e, no caso de inexistirem descendentes ou ascendentes, o companheiro, assim como o cônjuge sobrevivente, foi incluído na ordem de vocação hereditária como herdeiro legítimo.

Já a Lei 9.278/1996 teve seu campo de abrangência maior, pois ao reconhecer a união estável, não estabeleceu prazo de convivência e incluiu as relações entre pessoas separadas de fato naquele conceito. Ainda, fixou competência das varas de família para o julgamento dos litígios e reconheceu o direito real de habitação. Além disso gerou a presunção de que os bens adquiridos a título oneroso na constância da convivência são fruto do esforço comum.

É necessário destacar que, apesar da inclusão da união estável no último capítulo do livro dos direitos das famílias,

somente antes da tutela e da curatela, portanto, distanciadamente do capítulo do casamento, inexistente hierarquia entre os dois institutos. O texto constitucional confere à união estável e ao casamento especial proteção do Estado, sendo ambos fontes geradoras de família de mesmo valor jurídico, sem qualquer adjetivação discriminatória.¹¹

O Código Civil de 2002, finalmente, sistematizou toda a matéria referente à união estável, revogando-se, destarte, a legislação anterior. Porém, a clara preferência do legislador pelo casamento fez com que nem sempre haja o mesmo tratamento para as duas entidades.

O Código supra mencionado unificou a denominação companheiro para o parceiro da união estável, em face à variedade de termos antes existentes que favoreciam dúvidas de interpretação. Assim, companheiros da união estável são o homem e a mulher sem impedimentos para casar, salvo se casados, mas separados de fato ou judicialmente.

Destaca-se que em quatro escassos artigos (1.723 a 1.726) o Código Civil brasileiro disciplina os aspectos pessoais e patrimoniais da união estável. Fora do capítulo específico, outros dispositivos fazem referência à união estável. É reconhecido o vínculo de afinidade entre os conviventes (art. 1.595), autorizada a adoção (art. 1618, parágrafo único e art. 1622) e assegurado o poder familiar a ambos os pais (art. 1.632). É deferido o direito a alimentos (art. 1.694) e de instituir bem de família (art. 1.711), assim como é admitido que um companheiro seja curador do outro (art. 1.775). O direito sucessório do companheiro foi tratado em um único dispositivo (art. 1.790).¹²

11 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Disponível na Internet: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 20.09.2011.

12 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 162.

Observa-se, da análise do art. 1.723 do Código Civil¹³ que o legislador se socorre da idéia de família para conceder efeitos jurídicos à união estável. Porém, o tratamento não é igual ao do casamento. Mesmo que concedido direito a alimentos e assegurada a partilha igualitária dos bens, outros direitos são deferidos somente aos cônjuges. Segundo Maria Berenice Dias¹⁴, o convivente não está incluído na ordem de vocação hereditária, tendo somente direito à concorrência sucessória quanto aos bens adquiridos na vigência do relacionamento. Também é subtraída do parceiro sobrevivente a garantia da quarta parte da herança, quota mínima assegurada ao cônjuge sobrevivente, se concorrer com os filhos comuns (art. 1.832, CC). A disparidade prossegue quanto ao direito real de habitação, outorgado somente ao cônjuge (art. 1.831, CC).

Paulo Teles¹⁵ dispõe que:

“Ocorreu em nosso século 20 uma verdadeira revolução com relação aos parâmetros ligados à família. Nossa atual Carta Magna projetou sobre seu texto constitucional em seu art. 226, parágrafo 3º questão relevante à união estável e sua conversão em casamento. O Código Civil em seu art. 1723 diz que a mesma é reconhecida como entidade familiar, a união entre homem e mulher, desde que configurada a convivência pública, contínua e duradoura, tendo como objetivo a constituição de família. Não é mais necessário que o casal conviva 5 anos ou que haja filho em comum, pois a Lei 8.971/94, em seu art. 1º que estabelecia tais requisitos foi revogada em 1996. Já a Lei 9.278/96 que regula o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição federal, em seu art. 5º diz que os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso,

13 CC, Art. 1.723. “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”.

14 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 162.

15 TELES, Paulo. Universo da Família Homossexual e a União de Afetos. São Paulo: SRS Editora, 2011. P. 48.

são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, pertencendo dessa forma a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação em contrário em contrato escrito. Havendo excludentes da meação dos bens, a exemplo de doações e herança recebidas a título gratuito. Como também os bens adquiridos antes da vida em comum que não se comunicam na partilha.”

Quanto aos elementos constitutivos da união estável, Silvio de Sávio Venosa¹⁶ identifica cinco, a saber: a) estabilidade da união, como transcurso de razoável prazo; b) continuidade da relação, complementar à estabilidade; c) diversidade de sexos, posto que necessário o intuito de gerar prole; d) a publicidade da convivência e; e) o objetivo de constituição de família.

Assim, por força do §3º do art. 226 da Constituição e do art. 1.723 do Código Civil, são requisitos legais da união estável: a) relação afetiva entre homem e mulher; b) convivência pública, contínua e duradoura; c) objetivo de constituição de família; d) possibilidade de conversão em casamento.

Como requisito exclusivo, destaca-se a convivência de um homem e uma mulher em posse de estado de casados – more uxório – ou seja, como se casados fossem, com todos os elementos essenciais: impedimentos para constituição, direitos e deveres comuns, regime legal de bens, alimentos, poder familiar, relações de parentesco, filiação.

Ressalta-se que aos companheiros são estabelecidos deveres de lealdade, respeito e assistência (art. 1.724, CC), enquanto no casamento os deveres são de fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal e mútua assistência (Art. 1.566, CC). Em comum aos dois institutos, há a obrigação de guarda, sustento e educação dos filhos.

Verifica-se, portanto, que a coabitação, isto é, a vida em comum sob o mesmo teto, não é elemento essencial para a sua configuração, nem mesmo para o reconhecimento do concubi-

16 VENOSA, Silvio de Sávio. Direito Civil: direito de família. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.42/45.

nato, o que é demonstrado pelo teor da Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal¹⁷, que dispensou a vida *more uxorio* dos concubinos.

Na união estável, os conviventes têm a faculdade de firmar contrato de convivência (art. 1.725, CC) estipulando o que quiserem; no silêncio, incide o regime da comunhão parcial de bens.

Salienta-se que a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, na forma do art. 1790 do Código Civil¹⁸.

Assim, a união estável configura, na realidade, “uma relação entre casais como se casados fossem, e que com a facilidade do advento da CF/88 podem oficializar em casamento”¹⁹.

2. UNIÃO DE FACTO NO DIREITO PORTUGUÊS

Em Portugal a união estável é chamada de “união de facto” sendo vista com reservas. Até o ano de 1999 não existia em Portugal qualquer sistematização jurídica referente à união de facto, apenas normas em diplomas avulsos que atribuíam um ou outro direito ou restrição a quem vivesse em condições aná-

17 Súmula 382 do STF: A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.

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

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

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

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

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

19 TELES, Paulo. Universo da Família Homossexual e a União de Afetos. São Paulo: SRS Editora, 2011. P. 49.

logas às dos cônjuges.

A Lei n.º 135/99, de 28 de agosto, introduziu a primeira sistematização da matéria em análise no direito português. Tal lei foi revogada pela Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, atualmente em vigor, que reconheceu direitos e deveres inerentes a esse regime. Em quase tudo, é uma realidade semelhante ao casamento, mas não respeitou os requisitos de validade exigidos para este.

Esta lei não apresentou uma noção de “união de facto”, mas esta se consubstancia numa “convivência de habitação conjugada com a existência de relações sexuais a que a doutrina designa de comunhão de leito, mesa e habitação”²⁰.

Destaca Mônica Isabel Ferreira Sequeira Lima²¹ que,

“(…) apenas surgiram preceitos que atribuíam direitos aos companheiros que viviam como marido e mulher no art. 2020º do CCiv (Código Civil) aquando da redacção do Decreto-Lei (DL) n.º 496/77, de 25 de Novembro, em matéria de prestação de alimentos, do DL n.º 322-90, de 18 de Outubro, que regula a protecção na eventualidade da morte dos beneficiários do regime geral de segurança social, e do Decreto Regulamentar 1/94, de 18 de Outubro, que regula o acesso às prestações por morte das pessoas que se encontram na situação de união de facto. Mais tarde foi publicada a Lei n.º 135/99 de 28 de Agosto que regulou a situação jurídica das pessoas de sexo diferente que vivem em união de facto há mais de dois anos.

Mais recentemente foi publicada a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, que revogou a Lei n.º 135/99, e que adoptou medidas de protecção das uniões de facto, não só, desta feita, para uniões entre heterossexuais mas também entre homossexuais, nos termos do seu art.º 1, n.º 1, ao regular a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam

20 CAVALCANTI, Wilker Batista. União Estável e Entidade Familiar: Breves Considerações. Extraído do site www.jurisway.org.br. Enviado em 14.10.2008. Acesso em 15.09.2011.

21 LIMA, Mônica Isabel Ferreira Sequeira. Evolução Histórica da União de Facto: da Sociedade Babilônica ao Direito Português Contemporâneo. Trabalho apresentado à Universidade Autónoma de Lisboa. 2008.

em união de facto há mais de dois anos. Ao mesmo tempo, surge um novo diploma que vem regular a protecção de pessoas que vivam em economia comum há mais de dois anos, pela Lei 6/2001 de 11 de Maio.”

Embora reconhecida juridicamente pela lei supramencionada, a união de facto não é considerada como relação de família (entidade familiar) ou equiparada à relação de casamento.

Segundo Diogo Leite de Campos²², a união de facto não é, em direito português, relação familiar. Não é regulada de modo semelhante ao casamento, embora produza alguns efeitos de direito. Nem é considerada um outro vínculo jurídico familiar.

Conforme já salientado, estamos perante uma realidade semelhante ao casamento, mas que não respeitou os requisitos de validade exigidos para este.

Assim, podemos definir casamento como um contrato entre pessoas que pretendem constituir família tendo em vista uma plena comunhão de vida no plano pessoal e também patrimonial, respeitado o regime de bens adotado.

Distintamente, a união de facto não implica a existência de qualquer contrato escrito, podendo ser realizada com pessoas do mesmo sexo, não sendo fonte de relações familiares entre os seus membros, podendo ou não estabelecer-se uma plena comunhão de vida no plano pessoal, mas nunca no plano patrimonial²³.

Assim, nos termos do artigo 1576º do Código Civil Português²⁴, a união de facto não é uma fonte de relação jurídica familiar, uma vez que estas nascem apenas do casamento, pa-

22 CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. Coimbra: Almedina, 1997.

23 BUENO, Vanessa. *Reconhecimento da União de Facto em Portugal*. Extraído do site <http://www.lusofonia.com.pt>. Acesso em 23.09.2011.

24 Artigo 1576.º
(Fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adopção.)

rentesco, afinidade e da adopção.

Contudo, esta não é uma posição unânime na doutrina nacional. Os constitucionalistas Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem que o direito de constituir família decorre de uma abertura constitucional que confere destaque à união de facto e partilham da opinião que a união de facto é uma relação familiar. Baseiam seus pensamentos no artigo 36º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa por esta estabelecer que “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”.²⁵

Destaca-se que a divergência entre os constitucionalistas mencionados e a maioria da doutrina e jurisprudência portuguesas concentra-se no fato de aqueles atribuírem relevância ao fato de no texto do artigo 36º, n.º 1 da Constituição supracitada se conceder o direito de constituir família antes do direito de contrair casamento e, por isso, concluem ser possível a constituição de família fora do casamento, especificamente através das uniões de facto.

Já Francisco Pereira Coelho entende que o n.º 1 do art. 36º da Constituição da República Portuguesa se refere à filiação, pois entende que o direito de constituir família é um direito a procriar e um direito a estabelecer as relações de paternidade e maternidade correspondentes.²⁶

Citando o autor acima mencionado, Mônica Isabel Ferreira Sequeira Lima²⁷ dispõe que:

“O direito de contrair casamento, nos termos do art. 36.º, n.º 1 da CRP, também não se relaciona, segundo Coelho,

25 União de Facto: Evolução. Extraído do site http://jar.planetaclix.pt/dissert_u_f.htm. Acesso em 13.09.2011.

26 COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. Curso de direito de Família: Introdução Direito Matrimonial. Coimbra: Coimbra editora, 2001. P. 117.

27 LIMA, Mônica Isabel Ferreira Sequeira. Evolução Histórica da União de Facto: da Sociedade Babilônica ao Direito Português Contemporâneo. Trabalho apresentado à Universidade Autónoma de Lisboa. 2008.

com a união de facto: trata-se de um direito de não casar, diferente do direito de estabelecer uma união de facto. Recorde-se que, durante a vigência das leis matrimoniais do Imperador Augusto, relativamente ao Direito Romano, existiam proibições e deveres de casar (consoante a posição social, idade, sexo, etc.).

Segundo Coelho, o princípio de protecção da união de facto decorre do direito ao desenvolvimento da personalidade, plasmado no art. 26, n.º 1 da CRP, como forma de exercício ou manifestação desse direito: seria inconstitucional a legislação que proibisse e/ou penalizasse a união de facto, impondo sanções aos seus membros. Mas este direito não exige que o legislador dê à união de facto efeitos idênticos aos do casamento, e este diferente tratamento do casamento e da união de facto também não viola o princípio da igualdade (art. 13.º CRP), pois este último apenas proíbe discriminações arbitrárias, o que não é o caso. Estas relações são situações materialmente diferentes: os casados assumem materialmente o compromisso de vida em comum, ao contrário dos concubinos. Na opinião deste autor, legislação que equiparasse inteiramente a união de facto ao casamento seria inconstitucional, tal como seria a legislação que impusesse aos concubinos os mesmos deveres que às pessoas casadas, pois violaria o seu direito de não casar (outra vertente do direito de contrair casamento). O autor conclui que a CRP não penaliza a união de facto nem a equipara ao casamento.”

Salienta-se que, na união de facto, as pessoas vivem em comunhão de habitação, mesa e leito. Distingue-se do concubinato duradouro, por neste não existir a comunhão de mesa e de habitação, mesmo na situação de os concubinos possuírem uma casa onde se costumem encontrar.

Fernando Brandão Ferreira Pinto²⁸ distingue duas categorias de concubinato ou união de facto. Considera concubinato qualificado uma comunhão de vida duradoura em condições semelhantes às dos cônjuges e concubinato simples como uma situação em que uma mulher e um homem têm rotineiramente

28 FERREIRA PINTO, Fernando Brandão. Dicionário de Direito da família e de Direito das Sucessões. Lisboa: Livraria Petrony, 2004. P. 619.

encontros que se destinam a relações sexuais, sem viverem juntos. Este autor refere-se ainda ao concubinato e à união de facto como relações heterossexuais, mas reconhece que atualmente abrange igualmente as relações homossexuais.

Já Diogo Leite de Campos²⁹ não distingue categorias de concubinato ou união de facto, afirmando que:

“(…) a união de facto não é casamento; mas assume algumas das suas características. É uma relação entre um homem e uma mulher. De outro modo, não pode pretender ser semelhante ao casamento e obter algum estatuto deste. É uma relação de facto a que o Direito vem, depois, dar, ou não, algum relevo jurídico.”

É necessário ressaltar que o ordenamento jurídico Português atribui relevância jurídica às uniões de facto que tenham alguma estabilidade, durabilidade, pois a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, que adota medidas de proteção a estas uniões, em seu artigo 1º, definiu que a união de facto só teria relevância jurídica se subsistisse a mais de dois anos:

“Art. 1º

Objecto

1 - A presente lei adopta medidas de protecção das uniões de facto.

2 - A união de facto é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos.”³⁰

Destaca-se que a eficácia da união de facto está vinculada à inexistência de determinados obstáculos, conforme determinação do artigo 2º da Lei supra aludida, *in verbis*:

“Artigo 2º

Excepções

Impedem a atribuição de direitos ou benefícios, em vi-

29 CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direito da Família e das Sucessões. Coimbra: Almedina, 1997. P. 77.

30 Lei 7/2001 de 11 de maio, versão atualizada pela Lei nº 23/2010 de 30 de agosto, extraída do site http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=901&tabella=leis. Acesso em 25.09.2011.

da ou por morte, fundados na união de facto:

- a) Idade inferior a 18 anos à data do reconhecimento da união de facto;
- b) Demência notória, mesmo com intervalos lúcidos, e a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, salvo se a demência se manifestar ou a anomalia se verificar em momento posterior ao do início da união de facto;
- c) Casamento não dissolvido, salvo se tiver sido decretada a separação de pessoas e bens;
- d) Parentesco na linha recta ou no 2.º grau da linha colateral ou afinidade na linha recta;
- e) Condenação anterior de uma das pessoas como autor ou cúmplice por homicídio doloso ainda que não consumado contra o cônjuge do outro.”³¹

Na união de facto não existe um regime legal de bens pré-definido com o objetivo de regular o seu património comum, pelo que aos unidos de facto aplica-se o regime geral das relações obrigacionais e reais.

Destarte, verificamos o conservadorismo de Portugal na área do direito de família, não reconhecendo a união estável como entidade familiar, apesar de admitir a união entre pessoas do mesmo sexo, através do casamento civil, conforme a atual redação do art. 1577º do Código Civil Português³², qual seja, “Casamento é contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.”

3. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA NO BRASIL E EM PORTUGAL

3.1. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA NO BRASIL

A Constituição Federal, rastreando os fatos da vida, viu a

31 Alterado pela Lei n° 23/2010, de 30 de Agosto.

32 Redação dada pela Lei 9-XI/2010, de 31 de maio, que permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

necessidade de reconhecer a existência de relações afetivas fora do casamento. Assim, emprestou especial proteção às entidades familiares formadas por um dos pais e sua prole, bem como à união estável entre homem e mulher. Esse elenco, porém, não esgota as formas de convívio que merecem tutela. A norma do art. 226 da Constituição Federal é uma cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. Não se pode deixar de reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade dos sexos, atendem a tais requisitos. Têm origem em um vínculo afetivo, devendo ser identificados como entidade familiar a merecer a tutela legal³³.

Vê-se que a Constituição Federal brasileira, por puro preconceito, concedeu juridicidade somente às uniões estáveis entre homem e mulher, mesmo que em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual. Se o vínculo entre duas pessoas tem por base o afeto não se pode deixar de conferir o status de família, e merece proteção do Estado, já que a Constituição, em seu art. 1º, III, consagra o respeito à dignidade da pessoa humana.

Maria Berenice Dias³⁴ entende que:

“Pluralizou-se o conceito de família, que não mais se identifica pela celebração do matrimônio. Não há como afirmar que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, ao mencionar a união estável formada entre um homem e uma mulher, reconheceu somente esta convivência como digna da proteção do Estado. O que existe é uma simples recomendação para transformá-la em casamento. Em nenhum momento foi dito não existirem entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Exigir a diferenciação de sexos do casal para haver a proteção do Estado é fazer *distinção odiosa*, postura

33 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 187.

34 DIAS, Maria Berenice e CHAVES, Marianna. As Famílias Homoafetivas no Brasil e em Portugal. Extraído do site <http://www.mariaberenice.com.br/uploads>. Acesso em 27.09.2011.

nitidamente discriminatória que contraria o princípio da igualdade, ignorando a existência da vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo.”

A Constituição Federal ao conceder proteção a todos, proíbe discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça sexo, ou idade³⁵ e assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos³⁶. Ainda, ao elencar os direitos e as garantias fundamentais proclama que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”³⁷. Portanto, a observância de tais valores, potencializam a aplicação dos princípios da igualdade e isonomia em todas as relações jurídicas, tornando a igualdade jurídica um postulado fundamental do Estado de Direito.

Vê-se que a constitucionalização da família resulta em proteger o indivíduo em suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual.

É importante ressaltar que o repúdio da sociedade a segmentos marginalizados e excluídos termina por intimidar o legislador, que resiste em elaborar leis que objetivem proteger os segmentos referidos. Destarte, essa omissão legal gera resistência nos juízes de reconhecer juridicidade às uniões homossexuais. Eles interpretam a falta da lei como correspondendo à vontade do Estado em não querer lhes conceder direitos, quando a motivação é o preconceito.³⁸

Observa-se que se confunde a carência legislativa com a inexistência de direito, e o juiz não pode excluir direitos alegando ausência de lei. Esquece-se que a própria lei reconhece que existem lacunas no ordenamento jurídico, mas este não

35 Artigo 3º, IV, CF/88.

36 Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

37 Artigo 5º, caput, CF/88.

38 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 188.

pode ser omissa.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³⁹ dispõe em seu art. 4º que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Assim, o julgador não pode deixar de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade da lei, pois a denegação da justiça agride os direitos fundamentais.

Dessa forma, não há como fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável. O óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso dessa forma integrativa de um fato existente e não regulamentado no sistema jurídico. Ao fazer uso dos princípios gerais do direito, o aplicador deve basear-se nos princípios introduzidos pela Constituição como norteadores do estado Democrático de Direito. Destarte, quer a determinação de respeito à dignidade da pessoa humana, quer a necessidade de se obedecer ao princípio da liberdade e da igualdade impõem que as uniões homoafetivas sejam inseridas no âmbito de proteção como entidade familiar. Da mesma forma, quando necessário se faz a análise dos costumes para suprir as lacunas da lei, imperioso que se invoquem os costumes atuais, que, cada vez mais, vêm respeitando e emprestando visibilidade aos relacionamentos das pessoas do mesmo sexo.⁴⁰

Ressalta Paulo Lôbo⁴¹ que a ausência de lei que regula essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226 da Constituição Federal são autoaplicáveis, independentemente de regulamentação. As uniões

39 Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

40 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 191.

41 LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 90/91.

homossexuais são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria. Como a legislação ainda não disciplinou seus efeitos jurídicos, como fez com a união estável, as regras desta podem ser aplicáveis àquelas por analogia, em virtude de ser a entidade familiar com maior aproximação de estrutura, notadamente quanto às relações pessoais, de lealdade, respeito e assistência, alimentos, filhos, adoção, regime de bens e impedimentos.

Observa-se que a norma do art. 226, §3º, da Constituição federal, se for interpretada como norma taxativa, ou seja, limitando a união estável à dualidade sexual, parece não estar em conformidade com os princípios fundamentais elencados nos artigos 1º, 3º, e 5º do mesmo diploma, nomeadamente a dignidade da pessoa humana, a igualdade (em sua forma negativa, como não discriminação) e a própria liberdade. Restringir o direito de constituir família às uniões heterossexuais é impedir que indivíduos com orientação sexual diversa atinjam a realização pessoal, como indivíduo, tendo desrespeitada sua dignidade humana, sua livre orientação sexual, além de receber tratamento discriminatório, quando a própria constituição o proíbe.⁴²

Maria Berenice Dias⁴³ assevera que:

“São cada vez mais frequentes as decisões judiciais que atribuem consequências jurídicas a essas relações. Como ainda o tema é permeado de preconceitos, predomina a tendência jurisprudencial de visualizar tais vínculos como mera sociedade de fato. Tratados como sócios, aos parceiros somente é assegurada a divisão dos bens amalheados durante o período de convívio e de forma proporcional à efetiva participação na sua aquisição. Felizmente, começa a surgir uma nova postura. Reconhecidas as uniões homoafetivas como enti-

42 BÜRGER, Marcelo Luiz Francisco. União Homoafetiva: um enfoque luso-brasileiro. Extraído do site www.direitohomoafetivo.com.br. Acesso em 20.09.2011.

43 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 47/48.

dades familiares, as ações devem tramitar nas varas de família. Assim, nem que seja por analogia, deve ser aplicada a legislação da união estável, assegurando a partilha dos bens, direitos sucessórios e direito real de habitação.

Se a negativa de emprestar direitos às uniões homoafetivas tinha por fundamento a ausência de lei, essa desculpa não serve mais. A Lei Maria da Penha, de forma até repetitiva (LMP, arts. 2º e 5º, parágrafo único), ressalva a orientação sexual de quem se sujeita à violência doméstica. Como a lei veio a proteger a mulher vítima da violência doméstica e familiar, definiu família e albergou no seu conceito as uniões homoafetivas.”

É importante ressaltar que a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), trouxe um novo conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros, inserindo no sistema jurídico as uniões homoafetivas, pois configuram entidade familiar tanto as relações de um homem com uma mulher, como as formadas por duas mulheres ou por dois homens.

Destacam-se, portanto, os seguintes dispositivos da referida Lei44:

“Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, *orientação sexual*, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.” (g.n.)

“Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comu-

nidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo *independem de orientação sexual.*” (g.n.)

Assim, da proteção legal aos fatos ocorridos no ambiente doméstico decorre o entendimento de que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidades familiares, já que violência doméstica é violência que acontece no seio da família. Com isso, a Lei Maria da Penha alcançou as uniões homoafetivas, ampliando o conceito de família. Sendo, portanto, a família a união entre duas mulheres, em face do princípio da igualdade, reconhece-se também como família a união entre dois homens.

Entende Maria Berenice Dias⁴⁵ que:

“A partir da nova definição de entidade familiar, trazida pela Lei Maria da Penha, não mais cabe questionar a natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo. Ninguém pode continuar sustentando que, em face da omissão legislativa, não é possível emprestar-lhes efeitos jurídicos. Há uma nova regulamentação legislativa da família. No dizer de Roberto Lorea, derruba-se, enfim, a última barreira – meramente formal – para a democratização do acesso ao casamento no Brasil: a nova definição legal da família brasileira se harmoniza com o conceito de casamento “entre os cônjuges” do art. 1.511 do Código Civil, não apenas deixando de fazer qualquer alusão à oposição de sexos, mas explicitando que a heterossexualidade não é condição para o casamento.”

Acrescenta a referida autora que “não cabe sequer continuar falando de sociedade de fato, subterfúgio de conotação nitidamente preconceituosa, pois nega o componente de natureza sexual e afetiva dos vínculos homossexuais”⁴⁶. Assevera, ainda, que como as uniões de pessoas do mesmo sexo estão

45 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 195.

46 Ob. cit. p. 195.

tuteladas na lei de combate à violência doméstica, significa que são reconhecidas como uma família. Logo, as ações devem tramitar na vara de família e não em vara cível, impondo-se, destarte, a redistribuição das ações que ainda se encontram nos juízos cíveis.⁴⁷

Na sessão do dia 05 de março de 2011, os ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. A decisão foi tomada no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) e pelo governo do Rio de Janeiro.

Ressalta-se que no Brasil, as relações homoafetivas vinham sendo reconhecidas, dia após dia, pelos tribunais estaduais e pelos magistrados de primeiro grau. Toda sorte de direitos já vinham sendo concedidos aos parceiros homossexuais, como partilha de bens, pensão por morte, condição de dependente em planos de saúde, direito real de habitação, direito à declaração conjunta de Imposto de Renda, alimentos, adoção conjunta de crianças, entre outros. Finalmente, em maio deste ano a Suprema Corte brasileira veio a cancelar o que já acontecia nos tribunais inferiores, equipando as uniões estáveis entre homossexuais e heterossexuais.⁴⁸

A ADI 4277 foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) com pedido de interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 1.723 do Código Civil, para que se reconheça sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família.

47 Ob. cit. p. 196

48 CHAVES, Marianna. Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF. Publicado em 30.05.2011. Extraído do site <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=728>. Acesso em 25.09.2011.

A PGR sustenta que o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar fere os princípios da dignidade humana, da igualdade, da vedação de discriminação, da liberdade e da proteção à segurança jurídica, todos da Constituição Federal.

Com igual objetivo, considerando a omissão do Legislativo Federal sobre o assunto, o governo do Rio de Janeiro ajuizou a ADPF 132. Ele, também, alega que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal.

Dispõe Marianna Chaves⁴⁹ que:

“Todos os 10 Ministros votantes no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 manifestaram-se pela procedência das respectivas ações constitucionais, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar e aplicando à mesma o regime concernente à união estável entre homem e mulher, regulada no art. 1.723 do Código Civil brasileiro. Talvez nunca se tenha visto a Suprema Corte brasileira com um posicionamento tão homogêneo e consensual, ao menos no que diz respeito ao resultado, ao considerar que a união homoafetiva é, sim, um modelo familiar e a necessidade de repressão a todo e qualquer tipo de discriminação.”

Salienta-se que a grande parte dos Ministros acompanhou na integralidade o belíssimo voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Destacam-se, por oportuno, os seguintes trechos⁵⁰:

“(…) 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. Tra-

49 Ob. cit.

50 Voto extraído do site <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>.

tamento 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).”

“Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplaiar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biogenicidade.”

“Assim interpretando por forma não reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indifereçavelmente preconceituoso ou *homofóbico*. Quando o certo – data vênica de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.”

“(…) não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem. 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-equiparação 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.”

A referida decisão do Supremo Tribunal Federal causou uma grande celeuma doutrinária entre os constitucionalistas. Alguns afirmam que o judiciário está a usurpar o papel do legislativo, na forma de ativismo judicial. Ocorre que a omissão legislativa deu lugar em *ultima ratio* ao ativismo judicial, e não poderia ser diferente, pois há tempos inúmeros Projetos de Lei estão à espera de voto por parte dos legisladores.

As uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao Judiciário solver os conflitos trazidos. Incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à marginalidade determinadas relações sociais, pois a mais cruel consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças.⁵¹

3.2. UNIÃO HOMOAFETIVA EM PORTUGAL

Na Constituição da República Portuguesa é fácil verificar inúmeros dispositivos relevantes à união homoafetiva, quais sejam, artigos 1º, 13º, 18º 26º e 36º, *in verbis*⁵²:

51 DIAS, Maria Berenice. União Homossexual, o Preconceito e a Justiça, 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 17.

52 Artigos extraídos do site

“Art. 1º

República Portuguesa

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

“Art. 13º

Princípio da igualdade

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão da ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição sexual ou orientação sexual.”

“Art. 18º

Força jurídica

(...)

2. A lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

“Art. 26º

Outros direitos pessoais

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias a dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.”

“Artigo 36.º

Família, casamento e filiação

1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.

2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemen-

te da forma de celebração.”

Observa-se que a Carta Portuguesa, de maneira similar à Constituição Brasileira, consagra os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, independente da orientação sexual, o direito ao desenvolvimento da personalidade e a proteção legal contra quaisquer formas de discriminação, o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena. Porém, em se tratando de normas específicas do Direito de Família, encontra-se menos prolixa que a Carta Brasileira, trazendo apenas as bases estruturais da família, delegando a ordem infraconstitucional a regulamentação do tema.⁵³

A Constituição da República Portuguesa ao vetar posturas discriminatórias (no art. 13º, nº 2), vai além da legislação brasileira, pois de modo expresso veda discriminação por orientação sexual, referência que não está explícita no ordenamento jurídico brasileiro.⁵⁴

Importante ainda ressaltar, novamente, o artigo 1576º do Código Civil Português, por não tratar a união de facto como entidade familiar, já que esta nasce apenas do casamento, parentesco, afinidade e da adoção.

A Lei da União de Facto, Lei nº 7/2001, de 11 de maio, já tratada anteriormente, adotou medidas de proteção às uniões de facto, não só para uniões entre heterossexuais, mas também entre homossexuais em seu artigo 1º, ao regular a situação jurídica de duas pessoas, que independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos.

Vê-se que o Estado Português está a frente do Brasil quanto à legislação específica que regulamente a união de pessoas do mesmo sexo, pois conforme já abordado, há completa

53 BÜRGER, Marcelo Luiz Francisco. União Homoafetiva: um enfoque luso-brasileiro. Extraído do site www.direitohomoafetivo.com.br. Acesso em 20.09.2011.

54 DIAS, Maria Berenice e CHAVES, Marianna. As famílias homoafetivas no Brasil e em Portugal. Extraído do site www.mariaberenice.com.br. Acesso em 27.09.2011.

omissão brasileira.

Sobre a permissão de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, relevante é o artigo 1577º do Código Civil Português, alterado recentemente pela Lei nº 9/2010, de 31 de maio, que passou a ter a seguinte redação:

“Art. 1577º

Noção de casamento

Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.⁵⁵

Registra-se que a redação anterior dispunha que “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

A Lei nº 9/2010, de 31 de maio, ainda revogou a alínea “e” do artigo 1628º do Código Civil, que considerava inexistente o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se que quando a lei trata de forma distinta união estável em relação ao casamento, deve-se ter os dispositivos como não escritos, pois sempre que o legislador tratar de forma diferenciada da união estável em relação ao casamento, concedendo prerrogativas apenas ao casamento, estas omissões devem ser tidas por inexistentes, ineficazes e inconstitucionais.

Não se pode negar que duas pessoas, ao se unirem em plena comunhão de vida, na qual estão presentes laços afetivos constituindo uma unidade familiar, não possa ser considerada família. Em face da pluralidade de formas de relações jurídicas familiares, a união estável, prevista no ordenamento jurídico brasileiro e português, compreende as relações homoafetivas.

Tais uniões fazem parte da realidade que se impõe, e não há como negar, pois reclamam tutela jurídica, devendo o Judi-

55 Extraído do site <http://dre.pt/pdfgratis/2010/05/10500.pdf>.

ciário resolver os conflitos existentes, evitando que se perpetuem injustiças.

Ao analisar o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal brasileira, vê-se que ele não se encontra de acordo com o princípio da lei maior, distanciando-se de seus valores e princípios gerais. Destarte, é necessária uma interpretação extensiva do texto constitucional brasileiro considerando que o legislador se referiu à “união estável entre um homem e uma mulher” de forma, apenas, exemplificativa.

Da mesma forma deve ser feita a interpretação dos arts. 1.514 e 1.565 do Código Civil brasileiro, que também mencionam os termos “homem e mulher”, pois qualquer limitação ou restrição ao direito de constituir família e à liberdade de orientação sexual que exista na legislação ordinária viola frontalmente os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

No Brasil, diante da nova definição legal dada pela Lei Maria da Penha ao conceito de família, não mais se justifica que o amor entre pessoas do mesmo sexo esteja fora do âmbito de proteção jurídica, já que seus conflitos são tidos como violência doméstica.

A realidade da família no Brasil demonstra que a unidade familiar não se restringe a casais heterossexuais, pois as uniões homoafetivas já atingiram o *status* de entidade familiar.

Ressalta-se que, no dia 5 de maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal brasileiro reconheceu, por unanimidade, a possibilidade do estabelecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Desta forma, os mesmos direitos concedidos a casais heterossexuais serão válidos para as uniões homoafetivas.

Portugal está à frente do Brasil em relação à legislação específica referente à união de pessoas do mesmo sexo, conforme já demonstrado. Apesar da omissão brasileira, Portugal, no ano de 2001 alterou a “Lei da União de Facto” equiparando

a união de facto heterossexual à homossexual. Porém, deixou de estabelecer alguns direitos a estas uniões que eram conferidos aos cônjuges.

Ressalta-se que em maio de 2010 o Código Civil Português foi alterado, passando a permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, no artigo 1577º.

Assim, com a Lei Maria da Penha e o reconhecimento pelo STF da possibilidade de estabelecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, no Brasil, e a Lei da União de Facto e a mudança no Código Civil em Portugal, as uniões homoafetivas foram efetivamente reconhecidas como entidade familiar, por lei, não podendo mais serem consideradas sociedade de fato, sob pena de retrocesso.

Apesar de reconhecidas, no Brasil, a lei ainda não incluiu na Lei nº 9278/2006 (Lei da União Estável) as uniões homoafetivas. Já a lei portuguesa, mesmo equiparando estas uniões às uniões heterossexuais, as regulamenta de forma limitada, mas já prevê a possibilidade do matrimônio.

Deve-se louvar a coragem de ousar, ao deixar de lado o preconceito que ronda as entidades familiares homoafetivas, pois não se pode ignorar a realidade social e deixar de dizer o direito baseando-se apenas em conformismos.



REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. O direito de família brasileiro no final do século XX. A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

- BUENO, Vanessa. Reconhecimento da União de Facto em Portugal. Extraído do site <http://www.lusofonia.com.pt>. Acesso em 23.09.2011.
- BÜRGER, Marcelo Luiz Francisco. União Homoafetiva: um enfoque luso-brasileiro. Extraído do site www.direitohomoafetivo.com.br. Acesso em 20.09.2011.
- CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direito da Família e das Sucessões. Coimbra: Almedina, 1997.
- CAVALCANTI, Wilker Batista. União Estável e Entidade Familiar: Breves Considerações. Extraído do site www.jurisway.org.br. Enviado em 14.10.2008. Acesso em 15.09.2011.
- CHAVES, Marianna. Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF. Publicado em 30.05.2011. Extraído do site <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=728>. Acesso em 25.09.2011.
- COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. Curso de direito de Família: Introdução Direito Matrimonial. Coimbra: Coimbra editora, 2001.
- DIAS, Maria Berenice. União Homossexual, o Preconceito e a Justiça, 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 17.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011.
- DIAS, Maria Berenice e CHAVES, Marianna. As Famílias Homoafetivas no Brasil e em Portugal. Extraído do site <http://www.mariaberenice.com.br/uploads>. Acesso em 27.09.2011.
- FERREIRA PINTO, Fernando Brandão. Dicionário de Direito da família e de Direito das Sucessões. Lisboa: Livraria Petrony, 2004.
- LIMA, Mônica Isabel Ferreira Sequeira. Evolução Histórica

- da União de Facto: da Sociedade Babilônica ao Direito Português Contemporâneo. Trabalho apresentado à Universidade Autónoma de Lisboa. 2008.
- LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Disponível na Internet: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 20.09.2011.
- SANTOS, Fernanda Moreira dos. União estável e direitos sucessórios à luz do Direito Civil-Constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1011, 8 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8213>>. Acesso em: 13 set. 2011.
- TELES, Paulo. Universo da Família Homossexual e a União de Afetos. São Paulo: SRS Editora, 2011.
- União de Facto: Evolução. Extraído do site http://jar.planetaclix.pt/dissert_u_f.htm. Acesso em 13.09.2011.
- VENOSA, Silvio de Sávio. Direito Civil: direito de família. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.