

UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS ENTRE A NORMA E A REALIDADE: EM BUSCA DA IGUALDADE SUBSTANCIAL

STABLE HOMOAFECTIVE UNIONS BETWEEN NORM AND REALITY: IN SEARCH OF SUBSTANTIAL EQUALITY

Heloisa Helena Barboza

Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora em Direito pela UERJ e em Ciências pela ENSP/Fiocruz. Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentada). Advogada.

Vitor Almeida

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (ITR/UFRRJ). Professor dos cursos de especialização do CEPED-UERJ, PUC-Rio e EMERJ. Advogado.

Resumo: Com o reconhecimento das uniões estáveis entre as pessoas do mesmo sexo como entidade familiar por força da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.277 e na ADPF nº 132, inquestionável a aplicação da mesma disciplina das uniões estáveis heteroafetivas às uniões estáveis homoafetivas. No entanto, no que tange aos elementos caracterizadores da união estável previstos no art. 1.723 do Código Civil, é indispensável investigar suas peculiaridades no caso de uniões entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista o contexto e o cenário sociais nos quais se desenvolvem, ainda distintas da união estável de matriz heterossexual. Para tanto, percorrem-se as origens e evolução do amparo constitucional da união estável, bem como o entendimento atual dos Tribunais sobre sua caracterização, mediante recurso à jurisprudência conjugado com o exame da doutrina existente sobre o tema. Busca-se, portanto, analisar o alcance e a extensão de cada um dos requisitos legais para a configuração da união estável homoafetiva de modo a concretizar a igualdade substancial, bem como os direitos fundamentais à vida privada e à intimidade, que permitem a formação de arranjos familiares de acordo com a autonomia privada no contexto da solidariedade.

Palavras-chave: União estável. União homoafetiva. Namoro. Igualdade substancial. Valoração da prova.

Abstract: Based on the recognition of stable unions among the same sex as a family entity by virtue of the decision of the Federal Supreme Court in ADI n. 4277 and ADPF n. 132, the application of the same discipline from stable hetero-affective unions to stable homo-affective unions is unquestionable. However, with regard to the characterizing elements of the stable union provided in art. 1,723 of the Civil Code it is indispensable to investigate their peculiarities in the case of unions between people of the same sex, considering the context and the social scene in which they develop, still distinct from the stable union of heterosexual matrix. In order to do so, we review the origins and evolution of the constitutional protection of the stable union, as well as the current understanding of the Courts on

their characterization, through recourse to jurisprudence in conjunction with the examination of existing doctrine on the subject. It seeks, therefore, to analyze the scope and extent of each of the legal requirements for the configuration of stable homoafetive union in order to realize substantial equality, as well as the fundamental rights to private life and intimacy, which allow the formation of family arrangements according to private autonomy in the context of solidarity.

Keywords: Stable union. Homoafetive union. Dating. Substantial equality. Assessment.

Sumário: **1** Notas introdutórias: os desafios da matriz heterossexual no exame da união estável homoafetiva – **2** Entidades familiares na Constituição da República – **3** A união estável como instituto de sede constitucional e seus requisitos caracterizadores – **4** Elementos que configuram a união estável homoafetiva para fins de seu reconhecimento (e dissolução) judicial – **5** Quais as características que diferenciam o namoro da união estável? – **6** A importância da valoração da prova pelo julgador – **7** Considerações finais

1 Notas introdutórias: os desafios da matriz heterossexual no exame da união estável homoafetiva

O reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo a partir de decisão do Supremo Tribunal Federal veio ao encontro de antiga reivindicação pela igualdade substancial entre casais heterossexuais e homossexuais. Contudo, no campo do direito de família, por muito tempo, predominou, por razões históricas e socioculturais, um modelo de estrutura familiar amalgamada em bases patriarcais e conservadoras vigentes no século XIX, o qual erigiu o casamento entre homem e mulher como paradigma. Esse modelo, baseado em relações heterossexuais, foi igualmente utilizado pela lei civil para forjar a disciplina jurídica da união estável. Em consequência, as pessoas com orientação sexual divergente da legal e socialmente aceita, vale dizer, do sistema heteronormativo, eram despojadas do direito de constituir família. Por razões diversas, as resistências a qualquer mudança foram paulatinamente minadas, apesar de alguns obstáculos ainda hoje existirem.

Após a admissão de uniões estáveis entre as pessoas do mesmo sexo, um dos grandes desafios que se apresenta aos juristas é saber como aplicar as normas civis previstas para a união estável, de matriz heterossexual como destacado, às famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo. Para que não haja comprometimento da igualdade substancial, é indispensável perquirir se os requisitos exigidos para o reconhecimento da união estável entre homem e mulher devem ser, de igual forma e nos exatos termos, requeridos para os relacionamentos denominados “homoafetivos”, para que se verifique a produção dos efeitos pessoais e patrimoniais que lhe são pertinentes. Não se trata de buscar qualquer

diferença no que concerne aos direitos que cabem aos companheiros, mas de investigar se é razoável aplicar de modo idêntico, para fins de configuração fática das uniões estáveis homossexuais, a construção doutrinária e jurisprudencial existente para as uniões heterossexuais. É indispensável aferir se as uniões homossexuais não estão a exigir um tratamento mais adequado, isto é, mais sintonizado com as circunstâncias que lhe são peculiares, sob pena de retorno ao padrão heteroaletivo, vale dizer, de juridicamente se analisar de modo igual situações que na realidade social ainda são distintas.

Cabe lembrar que a decisão do STF na ADI nº 4.277 e na ADFP nº 132 afasta qualquer questionamento quanto à aplicação da mesma disciplina das uniões estáveis heteroaletivas às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, impondo-se, em consequência, verificar a presença dos “elementos caracterizadores” da união estável, contidos no art. 1.723 do Código Civil, a saber: convivência, publicidade, estabilidade, continuidade, ausência de impedimentos matrimoniais e o ânimo de constituir família, isto é, a intenção de viver como se casados fossem, considerado como elemento principal. A enumeração dessas características não apenas exige esforço do intérprete, como suscita divergências quanto à existência de outros requisitos para fins de reconhecimento da união estável. Há controvérsia quanto a ser a manifestação da vontade das partes necessária para configuração da entidade familiar, ou seja, se a vontade expressa – positiva ou negativa – ou implícita – mediante condutas ou ações – de qualquer dos partícipes é indispensável para caracterizar a existência da entidade familiar.¹

Questão igualmente tormentosa está em saber como diferenciar o namoro, especialmente os de mais longa duração, da união estável, visto que alguns dos

¹ Segundo Caio Mário Pereira da Silva, no caso da união estável, “[...] pouco interessa a vontade declarada de constituir família. A vontade encontra-se objetivada no agir das partes, podendo ser inferidos por fatos vários, que não uma declaração de vontade” (SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de direito civil*. atual. por Tânia da Silva Pereira. 25. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5. p. 694). Paulo Lôbo defende que a “união estável não necessita de qualquer manifestação ou declaração de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica. Pode até ocorrer que a vontade manifestada ou íntima de ambas as pessoas – ou de uma delas – seja a de jamais constituírem união estável; de terem apenas um relacionamento afetivo sem repercussão jurídica e, ainda assim, decidir o Judiciário que a união estável existe” (LÔBO, Paulo. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. *IBDFAM*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/953/A+concep%C3%A7%C3%A3o+da+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+como+ato-fato+jur%C3%ADdico+e+suas+repercuss%C3%B5es+processuais>. Acesso em: 23 jul. 2019). Por sua vez, Rolf Madaleno aduz que não existe uma “fórmula própria, sacramental e única” para a emissão de vontade no sentido de constituir família no caso da união estável. “Possivelmente, a pesquisa do ato volitivo de querer constituir família seja a maior tarefa do julgador quando enfrenta uma demanda declaratória de união estável, sendo impossível reconhecer qualquer formação de entidade familiar quando a relação se resente desse livre e consciente objetivo dos partícipes” (MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 792-793).

elementos que a caracterizam por vezes estão presentes em outros relacionamentos amorosos, tornando indispensável cuidadosa identificação dos aspectos fáticos e circunstanciais que os distinguem, em razão dos efeitos existenciais e patrimoniais que as entidades familiares constitucionalmente reconhecidas produzem.

A identificação e análise dos elementos que caracterizam a união estável exigem menção, ainda que breve, à sua “migração” do campo da ilegitimidade para o reconhecimento constitucional. A hoje denominada união estável é instituto de origem antiga, que permaneceu durante longo tempo no campo da ilegitimidade, a qual só foi afastada em definitivo pela Constituição da República de 1988. Seu acolhimento jurídico, como situação apta à produção de efeitos patrimoniais e existenciais, se deve à contínua e substancial atuação dos Tribunais brasileiros, que paulatinamente conduziram a “união livre”, isto é, sem casamento, ao patamar em que se encontra.

Por tais razões, terão papel primordial para fins da análise acima proposta as origens e evolução do amparo constitucional da união estável, bem como o entendimento atual dos Tribunais sobre sua caracterização. O recurso à jurisprudência será conjugado com o exame da doutrina existente sobre o tema, de todo indeclinável.

2 Entidades familiares na Constituição da República

Um dos avanços mais aplaudidos da Constituição da República (CR) de 1988 foi o expreso acolhimento de entidades familiares não originadas do casamento, nominalmente a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §§3º e 4º), denominada “família monoparental” pelos doutrinadores.² Desde então, se instalaram debates quanto a ser o casamento o “modelo” de família e quanto à taxatividade (ou não) do elenco constitucional. Importantes repercussões decorrem do entendimento que se adote sobre esses temas.

As divergências perderam força, se não a razão de ser, em face do entendimento do STF, manifestado por ocasião do julgamento em 5.5.2011, da ADPF

² V. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. A respeito das famílias monoparentais planejadas através das técnicas de reprodução humana assistida, seja consentido remeter a ALMEIDA, Vitor. Planejando a família in vitro: o direito ao planejamento familiar e as famílias monoparentais. *IBDFAM*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 10 mar. 2018; e, ALMEIDA, Vitor. O direito ao planejamento familiar e as novas formas de parentalidade na legalidade constitucional. In: HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; SANTOS, Romualdo Baptista dos (Org.). *Direito civil: Estudos – I Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa do IBDCIVIL*. São Paulo: Blucher, 2018. p. 432-439.

nº 132/RJ, de relatoria do Min. Ayres Britto,³ do qual merecem transcrição os seguintes excertos:

3. [...] Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. [...].⁴

4. [...] A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. [...] Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família.⁵

³ O Comitê Nacional do Brasil do Programa Memória do Mundo da Unesco reconheceu e inscreveu a decisão do STF como patrimônio documental da humanidade no Registro Nacional do Brasil, em razão de sua importância histórica ao reconhecer a união homoafetiva e a garantia dos direitos fundamentais aos homossexuais (DECISÃO do STF sobre união homoafetiva é reconhecida como patrimônio documental. *Notícias STF*, 12 dez. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=398482>. Acesso em 2 abr. 2019).

⁴ Na íntegra: “3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO ‘FAMÍLIA’ NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SOCIOCULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por ‘intimidade e vida privada’ (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas” (STF, ADPF nº 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, j. 5.5.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso: 8 jul. 2017).

⁵ “4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO.

Quando se entende o casamento como o “modelo” ou “padrão” de família, instaura-se verdadeira hierarquia entre as entidades familiares, relegando de imediato a união estável a um “segundo lugar”, vale dizer, a um papel menor ou inferior, o que justificaria tratar os conviventes de modo diferente dos cônjuges, especialmente com atribuição de menos direitos. Nessa linha, caberia às famílias monoparentais, em leitura equivocada e ultrapassada do texto constitucional, um nada honroso e de todo injustificável terceiro lugar, em clara afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, que ilumina todo o ordenamento nacional.

Não obstante, parecer ter sido essa orientação hierarquizada que direcionou o Código Civil (Lei nº 10.406/2002), ao regular diferentemente os direitos sucessórios dos cônjuges (arts. 1.829 e 1.845) e dos companheiros (art. 1.790), situação igualmente injustificável, já solucionada pelo STF⁶ por ocasião do julgamento do RE nº 878.694/MG, com relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, que fixou a seguinte tese:⁷

Tema 809: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002,

IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ‘ENTIDADE FAMILIAR’ E ‘FAMÍLIA’. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia ‘entidade familiar’, não pretendeu diferenciá-la da ‘família’. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado ‘entidade familiar’ como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem ‘do regime e dos princípios por ela adotados’, verbis: ‘Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’” (STF, ADPF nº 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, j. 5.5.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso: 8 jul. 2017).

⁶ Seja consentido remeter a BARBOZA, Heloisa Helena. O novo regime sucessório dos companheiros: primeiras reflexões. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 503-512.

⁷ O STF, no julgamento do RE nº 878.694 (*leading case*), apreciando o Tema nº 809 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do ministro relator, deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, vencidos os ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram negando provimento ao recurso (STF. Tema 809 – Validade de dispositivos do Código Civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4744004&numeroProcesso=878694&classeProcesso=RE&numeroTema=809>. Acesso: 8 jul. 2017).

devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

Há de se ressaltar que restringir o reconhecimento como entidade familiar às mencionadas expressamente na CR implicaria deixar ao desamparo outros arranjos familiares existentes e aceitos no meio social. A união estável constituída por pessoas do mesmo sexo estaria excluída da proteção legal, caso se mantivesse o apego à letra do §3º do art. 226 da CR, para atender aos reclamos dos setores mais conservadores da sociedade.

O Plenário do STF decidiu reconhecer as uniões homossexuais ou homoafetivas como entidades familiares, no julgamento da ADPF nº 132,⁸ por votação unânime em 5.5.2011. A decisão tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. De acordo com a decisão, o reconhecimento deve ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. O reconhecimento pelo STF das uniões estáveis homoafetivas garante sua existência legal, mas muito ainda há em debate sobre estas. Nessa linha estão os requisitos para sua configuração, os quais, não obstante devam ser os previstos no Código Civil, desafiam o aplicador da lei quanto a sua identificação no caso concreto, em particular quando se trata de uniões homossexuais, pelas circunstâncias em que muitas vezes se constituem e desenvolvem.

A aplicação da lei às diferentes situações que se apresentam exige cuidadoso e dedicado trabalho de interpretação dos dispositivos legais, que há de ser feita necessariamente levando em consideração ser a sociedade brasileira pluralista, como reconhece a CR em seu Preâmbulo. Destaque-se, nesse sentido, a “caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural” e a “imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil”, mencionadas na ementa do acórdão na ADPF nº 132.

A interpretação, por conseguinte, deve levar em conta as circunstâncias de cada caso, vale dizer, considerar a diversidade social e cultural vivida pelos e entre

⁸ “Chamadas, para julgamento em conjunto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, após o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), que julgava parcialmente prejudicada a ADPF, recebendo o pedido residual como ação direta de inconstitucionalidade, e procedentes ambas as ações [...]. Decisão: [...] o Tribunal conheceu da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Em seguida, o Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão” (STF, ADPF nº 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, j. 5.5.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso: 8 jul. 2017).

os diferentes grupos de pessoas, especialmente quando se trata de reconhecimento de entidade familiar.

3 A união estável como instituto de sede constitucional e seus requisitos caracterizadores

Deve-se reafirmar, tendo em vista o acima exposto, que qualquer análise sobre a união estável, seja entre homem e mulher ou entre pessoas do mesmo sexo, há de necessariamente considerar que se trata de instituto de origem constitucional e cuja interpretação deve reger-se sempre pelos princípios e valores constitucionais.

Sob essa orientação, passa-se a examinar o art. 1.723 do Código Civil, que estabelece os requisitos necessários para o reconhecimento da união estável, hétero e homoafetiva. De acordo com o aludido dispositivo:

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.

§1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Algumas considerações prévias devem ser feitas sobre os requisitos legais, visto que após o reconhecimento da união estável como entidade familiar, nos termos do art. 226, §3º, da CR, os elementos para sua configuração variaram.

A primeira regulamentação infraconstitucional, do até então denominado “companheirismo”, foi a Lei nº 8.971/1994, a qual dispôs sobre o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, para “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”; igual direito e nas mesmas condições era reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva (art. 1º e par. único).

Em 1996, a Lei nº 9.278 regulamentou o §3º, do art. 226 da CR, para reconhecer como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família (art. 1º). Estabeleceu também os direitos e deveres iguais dos conviventes: respeito e

consideração mútuos; assistência moral e material recíproca; e guarda, sustento e educação dos filhos comuns (art. 2º).

O Código Civil, Lei nº 10.406/2002, dedicou um título à união estável e revogou as disposições das leis anteriores com ele não compatíveis, conforme prevê o art. 2º, §1º, do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).⁹ Constata-se, portanto, que os requisitos nem sempre foram os mesmos e que a redação do art. 1.723 teve nítida inspiração na Lei nº 9.278/1996.¹⁰

O §1º do art. 1.723 trata da aplicação dos impedimentos para o casamento às uniões estáveis, com exceção do caso de a pessoa se encontrar separada de fato ou judicialmente (art. 1.521, VI). De todo razoável a aplicação dos impedimentos às uniões estáveis, tendo o legislador dado tratamento semelhante ao casamento. Procurou-se proteger as uniões efetivas que não afrontam razões de ordem moral e médica, que informam as demais causas impeditivas. Observa-se que o entendimento sobre a exceção prevista se encontra pacificado pelo STJ, segundo o qual “a existência de casamento válido não obsta o reconhecimento da união estável, quando há separação de fato ou judicial entre os casados”.¹¹ Por outro lado, não se aplicam à união estável as causas suspensivas do casamento (art. 1.523).

Imprescindível ressaltar ser a união estável uma situação de fato, a qual, atendidos os requisitos legais, é reconhecida como entidade familiar apta a gerar efeitos existenciais (ou pessoais) e patrimoniais previstos no Código Civil. Por conseguinte, os citados requisitos devem ser identificados na dinâmica da convivência cotidiana do casal que se une para constituir uma família. Trata-se de situação próxima à de outras formas de relacionamento socioafetivos, como o namoro, mas que com eles não se confunde.

O objetivo da convivência deve ser a *constituição de uma família*, isto é, de uma comunhão de vida com estabelecimento de laços que se estendem a terceiros, por força da lei, e que independe do intuito de procriar. O objetivo da união se concretiza de maneira diferente em cada situação. Como observa Zeno Veloso:

o elemento subjetivo (e não apenas o objetivo, externo, a aparência) é essencial para configurar a união estável, estando nele o dado moral e ético do relacionamento, que o distingue dos demais, e o eleva, alçando-o a um nível tão alto, que a sociedade reconhece que

⁹ Observe-se que a Lei nº 12.376/2010, que alterou o Decreto-Lei nº 4.657/1942, não modificou o citado dispositivo.

¹⁰ Cf., por todos, TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar: 2008, p. 433-443.

¹¹ STJ, AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp nº 710.780/RS, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, j. 27.10.2015, publ. 25.11.2015.

ali está formada uma verdadeira família, tão respeitável e digna como qualquer família.¹²

Nessa linha, a exigência de publicidade, isto é, do seu reconhecimento pelo grupo social em que vivem seus integrantes, é justificável, para distingui-la de relacionamentos mantidos de forma clandestina ou oculta, que não gozam da proteção legal. Maria Berenice Dias afirma que não é propriamente publicidade o que se exige, mas sim “notoriedade”, consistente na assunção perante seu círculo de convivência da condição de “como se casados fossem”.¹³

Da proposta de comunhão de vida decorre a estabilidade, que distingue a união estável de relações passageiras ou eventuais, mesmo que haja relações sexuais reiteradas. O CC não prevê tempo mínimo de convivência, pois essa se configura não apenas em razão do tempo de vida em comum, mas na conduta dos conviventes, no seu modo de vida notório (público), contínuo e duradouro como família.

Esclarecedor, quanto ao tempo de convivência, o entendimento da Desembargadora Maria Berenice Dias, relatora de apelação contra sentença que negou o reconhecimento de união estável que durara cerca de 12 (meses), manifestado em seu voto:

[...] Nesse passo, relativamente à durabilidade da convivência, diversamente do sustentado pelo julgador monocrático, o fato desta ter durado apenas 12 meses não tem o condão de afastar o reconhecimento da relação, mormente quando constitui fato incontroverso que as partes já mantinham envolvimento na época em que o varão ainda era casado (fls. 2-7 e 59v). Cabe registrar que a lei não prevê um tempo mínimo de duração para a caracterização da união estável, até porque a inconstitucionalidade de eventual disposição nesse sentido seria manifesta. Uma vez conferido o status de entidade familiar à união estável pela Constituição Federal, não se pode fazer diferença entre a célula familiar formada pela união estável daquela formada pelo casamento, cuja existência e validade certamente não seriam objeto de indagação por ter durado apenas doze meses. Assim, verificado que, na constância de um ano o casal viveu sob o mesmo teto, assumindo uma vida em comum como se casados fossem, revela-se

¹² VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado: direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela*. Coordenação de Álvaro Vilaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVII. p. 109.

¹³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 244.

impositiva a declaração do envolvimento afetivo mantido entre E. e A. M. com a conseqüente extração de efeitos no âmbito do direito.¹⁴

A convivência estável é *contínua e duradoura*, não tem interrupções nem é efêmera. Contudo, conforme esclarece Zeno Veloso,¹⁵ o exame de tais requisitos deve ser pautado pela razoabilidade, pois é possível que haja desentendimentos, brigas e até separações, e posterior reconciliação. Conforme o autor, só diante do caso concreto – e “nesse tema, sempre o caso concreto precisa ser levado em consideração” – será possível se verificar a existência da união estável.

Convém lembrar que, embora ainda haja debate a respeito da necessidade de coabitação dos companheiros, isto é, da vida em comum no mesmo domicílio, o que é exigido dos cônjuges (Código Civil, art. 1.566, II), essa não se inscreve entre os deveres dos companheiros, conforme se vê do art. 1.724, do Código Civil. O STF, na época em que a união estável ainda era tratada como concubinato, posicionou-se no sentido de que “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”, conforme verbete da Súmula nº 382 de 1964.

O STJ, por sua vez, entende desnecessária a coabitação sob o mesmo teto, após a vigência do CC, mantendo o entendimento anteriormente adotado para fins de concubinato. Atualmente, para o STJ, ainda que

relevante para se revelar a intenção de construir uma família, não se trata de requisito essencial, devendo a análise centrar-se na conjunção de fatores presentes em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a fidelidade, a continuidade da união, entre outros, nos quais se inclui a habitação comum.¹⁶

¹⁴ O entendimento da relatora prevaleceu conforme consta na ementa do acórdão: “UNIÃO ESTÁVEL. REQUISITOS. CARACTERIZAÇÃO. Inobstante a exigüidade do relacionamento ‘doze meses’, mostra-se impositivo o reconhecimento da união estável, pois, durante esse período, o casal viveu sob o mesmo teto, em manifesto embaralhamento de vidas e patrimônio, como se casados fossem. Inteligência do art. 1.723 do Código Civil. Apelo provido” (TJRS, Apelação Cível nº 70015324247, 7ª Cam. Civ., Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 13.9.2006, publ. 26.9.2006).

¹⁵ VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado: direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela*. Coordenação de Álvaro Vilaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVII. p. 113-114.

¹⁶ STJ, REsp 275.839, 3ª T., Rel. p/ Ac. Min. Nancy Andrighi, j. 2.10.2008, publ. 23.10.2008. Esse entendimento se encontra pacificado, conforme ementa a seguir: “CIVIL. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE COABITAÇÃO DAS PARTES. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 1.723 DO CC NÃO CONFIGURADA. PARTILHA. IMÓVEL ADQUIRIDO COM RECURSOS PROVENIENTES DO SALÁRIO DO VARÃO. SUB-ROGAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 1.659, II, DO CC. 1. É pacífico o entendimento de que a ausência de coabitação entre as partes não descaracteriza a união estável. Incidência da Súmula 382/STF. 2. Viola o inciso II do art. 1.659, do CC a determinação de partilhar imóvel adquirido com recursos provenientes de diferenças salariais havidas pelo convivente varão em razão de sua atividade profissional, portanto de

Verifica-se, especialmente da experiência jurisprudencial brasileira, que os requisitos constantes do art. 1.723 do Código Civil não têm conceito hermético. Embora se observe a consolidação de certos entendimentos em relação a eles, impõe-se em cada caso sua análise e identificação, a qual exige, por sua vez, a (re)interpretação dos requisitos diante das circunstâncias do caso concreto. Tome-se como exemplo a aferição do tempo de convivência, que poderá qualificá-la como duradoura, como requer o mencionado artigo. O Código Civil não fixou qualquer prazo mínimo, portanto, somente o exame dos demais requisitos irá revelar se houve ou não a configuração de uma união estável, tenha esta perdurado por meses ou anos. O mesmo pode ser dito em relação à continuidade da convivência, que não se exige seja ininterrupta, eis que é comum nas relações que envolvem afeto uma dinâmica de términos e reconciliações.

Nessa linha, a própria interpretação do termo “família” há de ser feita diante do caso concreto, sem apego a fórmulas ou modelos, que se aplicam certamente a muitos casos, mas não a todos. Bastante esclarecedora nesse aspecto a seguinte passagem da ementa do acórdão proferido na ADPF nº 132:

3. [...] Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo.¹⁷

Diante dessa ínsita dinâmica, não há possibilidade de existirem conceitos e interpretações fechados, nem reducionistas, como já acentuado acima. Nada em matéria de união estável é absoluto, como de resto e de modo geral no direito,

natureza personalíssima. 3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido” (STJ, REsp nº 1.096.324/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j. 2.3.2010, publ. 10.5.2010).

¹⁷ STF, ADPF nº 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, j. 5.5.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso: 8 jul. 2017.

muito menos quando se trata de relações de fato que envolvem afetividade, permita-se a insistência. Destaque-se, ainda, que as interpretações existentes foram elaboradas tomando por base relações heteroafetivas.

3.1 O papel da vontade na caracterização da união estável

Como já mencionado, debate-se o papel da vontade como “premissa”, ou seja, como pressuposto para a configuração da união estável, a impor a prospecção da vontade das partes em cada caso. Nessa direção, a vontade expressa ou implícita revelaria o ânimo de constituir família, isto é, a intenção de viver como se casados fossem. À luz desse entendimento, a vontade passaria ao patamar de requisito de configuração da união estável, na medida em que influi na caracterização da relação estável. Indispensável, por conseguinte, examinar se a vontade é um dos requisitos para a configuração da união estável e, principalmente, como e quando deve ser aferida.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que a “vontade” das partes não é mencionada no art. 1.723 do Código Civil. Em segundo, e não menos importante, é preciso, permita-se a insistência, ressaltar que a união estável é uma *situação de fato* a qual, atendidos os requisitos legais, é considerada como entidade familiar apta a gerar efeitos existenciais (ou pessoais) e patrimoniais previstos no Código Civil.

Entende Paulo Lôbo que a convivência, a publicidade e a duração “são situações de fato, que apenas em juízo podem ser comprovadas”. Por isso, afirma-se:

independem inteiramente de declaração de vontade dos companheiros, pois – como diria Pontes de Miranda –, o *quid* psíquico fica em parênteses, para fins de sua configuração como entidade familiar. Se houver divergência entre a vontade dos figurantes e o fato real da convivência com natureza familiar, este prevalece sobre aquela.¹⁸

Nesse sentido, advoga que a união estável no direito brasileiro adquire a feição de fato juridicamente não volitivo, “ainda que de origem faticamente volitiva (ações e comportamento), caracterizando-se como ato-fato jurídico”.¹⁹

¹⁸ LÔBO, Paulo. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. In: MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Direito de família: processo, teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 101-116.

¹⁹ LÔBO, Paulo. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. In: MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Direito de família: processo, teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 110.

Igualmente em caráter preliminar é preciso salientar que não se deve confundir requisito legal com elementos de prova. A princípio, diante dos expressos termos do art. 1.723, declarada ou não, a vontade não é um requisito previsto na lei. O legislador, atento à natureza fática da convivência sem casamento, não prevê, em momento algum, a declaração de vontade das partes dirigida à constituição da união estável. O art. 1.725 acolhe, porém, eventual “contrato escrito entre os companheiros” para reger suas relações patrimoniais, estabelecendo regime supletivo (comunhão parcial de bens) em sua ausência. Desse modo, o denominado “pacto de convivência”, assinado por muitos casais, não constitui requisito para a configuração da união estável, mas, no máximo, boa prova de sua existência.

Bastante diverso é o papel da vontade quando se trata de casamento, ato jurídico solene, cuja preterição de qualquer formalidade, quando não impede sua celebração (art. 1.538), pode ensejar sua invalidação (art. 1.550). De acordo com o art. 1.514 do Código Civil, casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. Com o intuito de proteger a vontade dos nubentes, dedicou o legislador um capítulo à celebração do casamento (arts. 1.533 a 1.542), descendo a minúcias, para que seja garantida a livre e espontânea manifestação de sua vontade.

O papel da vontade nas relações familiares é determinante não apenas para o casamento, mas também para a prática de diversos atos jurídicos no campo do direito de família, como o reconhecimento voluntário da paternidade, e negócios jurídicos, como o pacto antenupcial.

Contudo, no âmbito do direito de família, há fatos que produzirão efeitos jurídicos, desde que atendidos os requisitos legais, ainda que negados pela parte. É o que se constata com a atribuição da paternidade biológica ou mesmo socioafetiva a determinada pessoa, por força de sentença, ainda que essa expressamente negue a existência do vínculo biológico ou socioafetivo. Cabe mencionar que a filiação socioafetiva, que em regra dá origem ao parentesco socioafetivo, encontra fundamento no afeto, que se exterioriza na vida social, e consiste num fato apreendido pelo direito. Seu reconhecimento judicial, por meio de sentença,²⁰ ou extrajudicial, na forma do Provimento nº 63, de 14.11.2017, do Conselho Nacional de Justiça, autoriza a passagem do fato para o direito, permitindo, assim, a regular produção de efeitos existenciais e patrimoniais, mesmo em face de terceiro. No último caso, indispensável a manifestação de vontade, uma vez que se trata de

²⁰ Nesse sentido, o parcialmente superado Enunciado do CJF (V Jornada de Direito Civil) nº 519: “O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais”.

reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.²¹

O mesmo ocorre no caso do reconhecimento da união estável, qualificada constitucionalmente como entidade familiar. Ainda que um dos partícipes negue explicitamente seu intuito de constituir família, o que em geral acontece no momento da dissolução da união em razão de interesses patrimoniais, essa manifestação de vontade não terá o condão de apagar uma convivência familiar revelada por meio de provas que demonstrem a presença dos requisitos exigidos pela lei para configurar a união estável.

A vontade de constituir união estável não precisa ser declarada, uma vez que qualificada como ato-fato, encontra-se voltada à exteriorização das condutas humanas. Desse modo, segundo Caio Mário da Silva Pereira, a “vontade encontra-se objetivada no agir das partes, podendo ser inferidos por fatos vários, que não uma declaração de vontade”.²² Dito de outro modo, a vontade é emanada pela convivência, nas condutas prosaicas do dia a dia, nos pequenos gestos e atenções, nas fotos, nas cartas, nos bilhetes, nas brigas, na troca rápida de mensagens pelo telefone celular ou de olhares fugidios. A vontade se expressa no cuidado com o outro, na cumplicidade não explícita, mas sempre presente. É desse modo que o “envolvimento mútuo transborda o limite privado”, conforme observa Maria Berenice Dias.²³

Difícilmente esse conjunto de situações poderá desaparecer por força apenas da declaração de um dos partícipes (mormente quando já desfeita a união), ou de testemunhas, que muitas vezes nada disso percebem. A declaração de vontade expressa, portanto, não deve ser considerada um dos requisitos para a configuração da união estável, embora possa ser um meio de prova de sua existência (ou não), a depender de onde, quando e como foi manifestada. Certamente, no momento da dissolução da união estável, o valor a ser atribuído a uma declaração negativa dependerá de sua ponderação com outras provas.

²¹ Provimento nº 63 do CNJ: “Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais. §1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação. §2º Poderão requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva de filho os maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil. §3º Não poderão reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes. §4º O pretense pai ou mãe será pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido”.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. atual. por Tânia da Silva Pereira. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5. p. 694.

²³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 246.

4 Elementos que configuram a união estável homoafetiva para fins de seu reconhecimento (e dissolução) judicial

O acórdão proferido na ADPF nº 132 é bem claro ao afirmar que o reconhecimento da união homoafetiva como família deve ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Exigível, portanto, o atendimento dos requisitos do art. 1.723 do Código Civil. Nestes termos, a união, além de ter o intuito de constituir família, deve ser: contínua, pública e duradoura. Indispensável, ainda, considerar que: (i) trata-se de situação de fato; (ii) inexistem, como visto acima, conceitos rígidos para os requisitos.

No caso de união estável homossexual a verificação da presença de tais requisitos deve ser feita à luz das circunstâncias que lhe são próprias e que tornam o modo de vida do casal de todo peculiar, sob determinada perspectiva. Entre essas circunstâncias há que se considerar, por exemplo e, em particular, o *cenário social* onde se desenvolve a convivência do casal, o qual em geral é bastante distinto do meio social que cerca os casais heterossexuais.

A partir dessa constatação, todos os requisitos exigem nova interpretação, compatível com as referidas circunstâncias, que abrangem rejeição social, discriminação, inclusive por parte da própria família, comprometimento da honra e reputação social, e – não raro – medo da exposição pública, do escândalo, da ridicularização, da perseguição no trabalho, de injúrias de toda ordem, do comprometimento da segurança pessoal e familiar. Lembre-se de que as agressões homofóbicas se tornaram cotidianas, como se vê nos noticiários.

Essa situação adversa foi denunciada pelo Ministro Marco Aurélio por ocasião do julgamento da ADPF nº 132:

Em 19 de agosto de 2007, em artigo intitulado “A igualdade é colorida”, publicado na *Folha de São Paulo*, destaquei o preconceito vivido pelos homossexuais. O índice de homicídios decorrentes da homofobia é revelador. Ao ressaltar a necessidade de atuação legislativa, disse, então, que são 18 milhões de cidadãos considerados de segunda categoria: pagam impostos, votam, sujeitam-se a normas legais, mas, ainda assim, são vítimas preferenciais de preconceitos, discriminações, insultos e chacotas, sem que lei específica coíba isso. Em se tratando de homofobia, o Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios anuais cujas vítimas foram trucidadas apenas por serem homossexuais.

Não obstante todas as conquistas já obtidas, todas as circunstâncias mencionadas se agravam exponencialmente se um dos integrantes do casal é pessoa

que ocupa posição social destacada. Tudo se agrava ainda mais se a pessoa ganha notoriedade e passa a ser reconhecida publicamente. O escândalo que pode provocar a admissão social de uma convivência homoafetiva pode destruir uma carreira e desonrar as pessoas que vivem uma união homoafetiva; pode igualmente desagregar uma família que não tolere tamanha “vergonha”. Além das reações estrepitosas, são igualmente graves as veladas, as sussurradas pelos cantos, que geram maledicência, descrédito, rejeição disfarçada, notadamente no trabalho. Muitos que não aceitam esse tipo de relação se calam, mas tudo fazem em silêncio para destruí-la ou “punir” seus integrantes por tamanha “afronta moral”.

Se em algumas atividades, como as artísticas e mesmo as políticas, já é admitida a homossexualidade, em outras constitui uma falha imperdoável, ainda que nada seja dito. O mesmo pode ser afirmado em relação a todas as demais atividades e circunstâncias que constituem o *cenário social* onde convivem os integrantes do casal. Certo é que a aceitação plena dos casais homossexuais não ocorre nem em novelas de televisão, que tentam trazer essa realidade para a “sala de jantar”. Assim, não é razoável esperar, muito menos exigir, que as pessoas que mantêm uma união homoafetiva adotem comportamentos próprios de casais heterossexuais.

Lembre-se de que no interior do Brasil e mesmo nas grandes cidades ainda causam grande estranheza, quando não franca rejeição, as manifestações públicas de amor e carinho entre homossexuais, como beijos e mesmo o simples caminhar de mãos dadas.²⁴ Não raro as condutas ostensivas desse tipo constituem ações afirmativas, daqueles que lutam por seus direitos.²⁵

²⁴ Em julho de 2011, poucos meses depois da decisão do STF que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, um homem de 42 anos teve metade da orelha decepada após ser agredido por um grupo de jovens no recinto da Exposição Agropecuária Industrial e Comercial (EAPIC), em São João da Boa Vista, a 225 km de São Paulo. Os agressores pensaram que ele e o filho de 18 anos fossem um casal gay, pois estavam abraçados (PAI e filho são confundidos com casal gay e agredidos por grupo em São João da Boa Vista, SP. *O Globo*, 18 jul. 2011. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/pai-filho-sao-confundidos-com-casal-gay-agredidos-por-grupo-em-sao-joao-da-boa-vista-sp-2714592>. Acesso em: 15 abr. 2019). Em 5.1.2019, um casal gay foi brutalmente agredido, na Ilha do Fogo. O local é considerado um ponto turístico e fica entre os municípios de Juazeiro (BA) e Petrolina (PE) (QUERINO, Rangel. Casal gay é vítima de agressões físicas em Pernambuco. *BOL*, 9 jan. 2019. Disponível em: <https://observatoriog.bol.uol.com.br/noticias/2019/01/casal-gay-e-vitima-de-agressoes-fisicas-em-pernambuco>. Acesso em: 15 abr. 2019).

²⁵ Atualmente, encontra-se em julgamento no plenário do Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e o Mandado de Injunção (MI) nº 4.733, relatado pelo Ministro Luiz Edson Fachin, nos quais se discute se há omissão do Congresso Nacional em não editar lei que criminalize atos de homofobia e a transfobia. O Ministro Relator Celso de Mello proferiu voto no sentido de reconhecer omissão legislativa e de dar interpretação conforme a Constituição Federal para enquadrar atos de homofobia e a transfobia nos tipos penais previstos na legislação que define os crimes de racismo, até que o Congresso Nacional aprove lei específica sobre a matéria. Tal orientação foi seguida pelo Ministro Relator Luiz Edson Fachin. Os votos dos relatores foram acompanhados pelos ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso. Após, o julgamento foi suspenso em 21.2.2019.

Quando considerada essa realidade social, torna-se compreensível que as famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo, com frequência e não obstante a verdadeira militância empreendida por muitos casais homoafetivos, criem grupos próprios de convivência social ou simplesmente adotem uma vida “discreta”, se não “disfarçada”. Neste contexto, as esferas pública e privada ganham novos significados, o que deve ocorrer necessariamente com a publicidade da convivência requerida pelo Código Civil. Como acima esclarecido, a “publicidade” tem sentido de “notoriedade”, não atendendo ao requisito a convivência oculta ou clandestina. Contudo, a depender do cenário social, há modulações entre o notório, o oculto e clandestino. Muitos casais homoafetivos convivem no espaço da discrição, do silêncio, do comedimento. A vida familiar não está “lá fora”, encontra-se voltada “para dentro”, tudo é íntimo, mas assim mesmo transborda, como já observado.

A continuidade e a duração da união estável homoafetiva não apresentam distinção digna de nota no momento, diante das demais. Mas o intuito de constituir família apresenta conotações próprias, quando se trata de união estável homoafetiva.

O exame da presença dos requisitos que configuram a união estável feito com base apenas na interpretação realizada para casais heterossexuais será superficial e discriminatório, por não considerar as circunstâncias peculiares em que se desenvolve a união familiar homossexual. Nessa linha, o objetivo de constituir família, indicado como requisito primordial para o reconhecimento da união estável, no caso de casais do mesmo sexo, há de afastar qualquer interpretação reducionista para “família”, por força da decisão do STF na ADPF nº 132.

As peculiaridades da família homoafetiva não escaparam ao STF, gerando divergências laterais que não alteraram a decisão final unânime. Desse modo, os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso

convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar.²⁶

O que se constata, em síntese, é que o STF – por unanimidade – reconheceu a união homoafetiva como família. A divergência se refere apenas a sua “categorização” como união estável, com consequente aplicação do regime jurídico que lhe foi dedicado pelo Código Civil. Merecem transcrição, pelo menos em parte,

²⁶ STF, ADPF nº 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, j. 5.5.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso: 8 jul. 2017

os votos dos ministros que divergiram. O Ministro Ricardo Lewandowski, embora reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar, entende tratar-se de outra família, distinta das uniões estáveis heterossexuais, conforme explicita em seu voto:

[...] Creio que se está, repito, diante de outra entidade familiar, distinta daquela que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais. A diferença, embora sutil, reside no fato de que, apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente no que tange ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confunde com aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso. [...] Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma “união estável homoafetiva”, por interpretação extensiva do §3º do art. 226, mas uma “união homoafetiva estável”, mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional.

Na mesma linha, manifestou-se o Ministro Gilmar Mendes em seu voto:

[...] Por isso, neste momento, limito-me a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, por fundamentos jurídicos próprios e distintos daqueles explicitados pelo Ministro Ayres Britto e, com suporte na teoria do pensamento do possível, determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável –, naquilo que for cabível, nos termos da fundamentação aqui apresentada, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos. [...]

Neste caso, isto me parece muito claro, estamos a tratar de proteção dos direitos fundamentais. Sabemos – e isso foi dito de forma muito clara a partir de algumas sustentações da tribuna e também foi destacado no voto do Ministro Relator – que a falta de um modelo institucional que proteja essa relação estimula e incentiva o quadro de discriminação.

Bastante expressivo quanto à peculiaridade da união homoafetiva é o que consta do voto do Ministro Cesar Peluso:

[...] na disciplina dessa entidade familiar recognoscível à vista de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, não se pode deixar de reconhecer – e este é o meu fundamento, a cujo respeito

eu peço vênia para divergir da posição do ilustre Relator e de outros que o acompanharam nesse passo – que há uma lacuna normativa, a qual precisa de ser preenchida. E se deve preenchê-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude – não da igualdade –, da similitude factual entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. E essa similitude entre ambas situações é que me autoriza dizer que a lacuna consequente tem que ser preenchida por algumas normas. E a pergunta é: por que classe de normas?

[...] De modo que, na solução da questão posta, a meu ver e de todos os Ministros da Corte, só podem ser aplicadas as normas correspondentes àquelas que, no Direito de Família, se aplicam à união estável entre o homem e a mulher. Mas nem todas, porque não se trata de situações absolutamente idênticas, senão, como todos tratamos, de equiparação, e de equiparação porque não há, na verdade, igualdade. E, portanto, é preciso respeitar aquilo que cada instituição, em si, tem de particular, não apenas por sua natureza extrajurídica, mas também pela própria natureza normativa de cada qual.

Possível afirmar, diante dos entendimentos transcritos, que não se questiona ser a união homoafetiva uma família. A divergência reside exatamente na aplicação acrítica dos requisitos previstos para a união estável heterossexual a essa entidade familiar. Esse é o ponto que se deseja pôr em relevo: a verificação dos requisitos legais para configuração da união estável – especialmente no caso de união homoafetiva – requer adequação, visto se tratar de famílias semelhantes, mas não iguais. Isto não significa o abandono dos requisitos legais, mas sua interpretação à luz das circunstâncias de fato que constituem o cenário social de convivência das famílias homoafetivas, do que resulta a identificação de novos contornos para cada um deles ou mesmo sua ausência, se considerado o perfil traçado para as uniões heterossexuais.

Essa última possibilidade é esclarecida por Anderson Schreiber:

Embora os três requisitos estejam (afetividade, estabilidade e ostentabilidade), de fato, presentes em grande parte dos núcleos familiares, o certo é que relações de família podem ser identificadas mesmo à falta de alguma dessas características. Não há dúvida, por exemplo, de que o casal homoafetivo que não ostenta publicamente sua condição, preferindo escapar ao olhar discriminatório de setores conservadores da sociedade, não deixa por isso de configurar uma

“entidade familiar”, atraindo, mesmo à falta da chamada ostentabilidade, a proteção do direito de família.²⁷

Com propriedade, observa Anderson Schreiber que a evolução jurídica demonstra a flexibilização do conteúdo dos requisitos de configuração das entidades familiares, de que são exemplo a inexistência de prazo fixo para a configuração da união estável (estabilidade) e a não exigência de coabitação.²⁸

A interpretação flexibilizada diante das circunstâncias é caminho constitucional (e justo) a ser adotado para a verificação do atendimento “dos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher”, como determina o STF.

5 Quais as características que diferenciam o namoro da união estável?

A distinção entre namoro e união estável, como salienta Zeno Veloso, é matéria controvertida, sobre a qual os doutrinadores se encontram divididos, e as opiniões são discrepantes, as discussões acesas, intensas.²⁹

“Namoro” é o efeito de “namorar”, isto é, de “terem duas pessoas relacionamento amoroso em que a aproximação física e psíquica, fundada numa atração recíproca, aspira à continuidade”.³⁰ Esse tipo de relacionamento não tem proteção jurídica específica, mas tem sido referenciado com frequência para indicar relações amorosas que não configuram união estável. Não há definição jurídica formulada e sua presença se dá por exclusão: seria uma relação que não tem todos os requisitos para ser reconhecida como união estável. É o que se constata das diversas decisões judiciais que indeferem pedido de reconhecimento de união estável.

Sob o prisma jurídico, o namoro é uma situação de fato, que guarda pontos comuns com a união estável, mas que com ela não se confunde, não apenas por falta de previsão ou regulamentação própria que o habilite à produção de efeitos jurídicos, ainda que distintos da união estável, como também pelo ínsito caráter de *provisoriedade* e *falta de efetivo comprometimento* de que se reveste. O namoro é uma relação “instável”, sem o objetivo de constituir família. Desse modo,

²⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 299.

²⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 300.

²⁹ Disponível em: <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGIZV9ub3RpY2lhcw==&in=ODAwMA>. Acesso em: 19 fev. 2017.

³⁰ Há outros significados. O apresentado é o mais pertinente à análise em curso. Extraído do *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, 2001.

ainda que perdure por anos, mantêm os namorados conduta social distinta dos que convivem em união estável. É o que se constata a partir do momento em que se apresentam socialmente e declinam a qualidade de namorado(a)s.

No namoro as pessoas estão juntas para viver uma relação amorosa, normalmente com intimidade, mas sem intenção imediata de constituir família, a qual talvez nunca se constitua. O namoro é provisório, porque o que existe efetivamente é o vínculo amoroso, que é seu objetivo e perdura enquanto dura o amor, tudo o mais é promessa, é proposta para futuro, que poderá ser um casamento ou uma união estável. Pode ser uma fase de construção de uma família que ainda não existe.

Nessa linha, os pontos comuns com a união estável ganham conotação própria, o que justifica a distinção entre as relações constituídas, embora ambas se iniciem por amor. O namoro em geral é notório (público), quando não “ostentado”, mas muitos são os ocultos, por razões diversas, sem que percam essa qualificação. É notório que não há ali uma família, um comprometimento além do vínculo amoroso, porque os namorados não se comportam como “se casados fossem”, não mantêm a comunhão de vida.

Os namorados podem manter uma relação contínua e duradoura sob o aspecto fático, isto é, pela ausência de interrupção e pela permanência no tempo, mas falta-lhes, ainda que momentaneamente, o objetivo de constituir família, que pode ser, como ressaltado, um plano para o futuro. O fato de coabitarem não transforma o namoro em união estável, pois não há essa exigência para sua caracterização.

Com propriedade Zeno Veloso³¹ apresenta um fator de capital importância na distinção que se analisa, *in verbis*:

E quanto a esses aspectos, ou elementos externos, objetivos, a situação pode se assemelhar – e muito – a uma união estável. Parece, mas não é! Pois falta um elemento imprescindível da entidade familiar, o elemento interior, anímico, subjetivo: ainda que o relacionamento seja prolongado, consolidado, e por isso tem sido chamado de “namoro qualificado”, os namorados por mais profundo que seja o envolvimento deles, não desejam e não querem – ou ainda não querem – constituir uma família, estabelecer uma entidade familiar, conviver numa comunhão de vida, no nível do que os antigos chamavam de *affectio maritalis*. Ao contrário da união estável, tratando-se de namoro – mesmo do tal namoro qualificado –, não há direitos e deveres jurídicos,

³¹ Disponível em: <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2Ihwc==&in=ODAwMA>. Acesso em: 19 fev. 2017.

momento de ordem patrimonial entre os namorados. Não há, então, que falar-se de regime de bens, alimentos, pensão, partilhas, direitos sucessórios, por exemplo.

Interessante decisão do STJ,³² em ação de exoneração de alimentos, dá a dimensão da diferença entre namoro e união estável, quando se consideram os efeitos patrimoniais, a saber:

ALIMENTOS. Exoneração. Namoro. O fato de a mulher manter relacionamento afetivo com outro homem não é causa bastante para a dispensa da pensão alimentar prestada pelo ex-marido, acordada quando da separação consensual, diferentemente do que aconteceria se estabelecida união estável. Precedentes. Recurso não conhecido.

Embora o namoro não gere efeitos pessoais e patrimoniais na seara do direito das famílias, convém registrar que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento prevalente de que o “namoro é uma relação íntima de afeto que independe de coabitação; portanto, a agressão do namorado contra a namorada, ainda que tenha cessado o relacionamento, mas que ocorra em decorrência dele, caracteriza violência doméstica”.³³ O fundamento da aplicação da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) reside na situação de vulnerabilidade e fragilidade da mulher envolvida em relacionamento íntimo como o namoro, o que implica a necessidade de proteção especial por parte do Estado. Desse modo, as “denúncias de agressões, em razão do gênero, que porventura ocorram nesse contexto, devem ser processadas e julgadas pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, nos termos do art. 14 da Lei n.º 11.340/2006”.

Uma relação amorosa para ser reconhecida como união estável deve atender a todos os requisitos legais. A falta de um deles tem sido bastante para descaracterizá-la. Não há qualquer requisito para o namoro, o qual pode existir e ser reconhecido como tal, sem ser público (notório), contínuo ou duradouro. A “transformação” do namoro em união estável exige não só o atendimento de todos os requisitos mencionados, mas principalmente que haja o intuito de constituir família.

De modo a evitar a insegurança jurídica que envolvem situações limítrofes na caracterização da união estável e com receio dos efeitos patrimoniais, as pessoas ciosas da sua liberdade para decidirem os rumos da própria vida familiar³⁴ têm

³² STJ, REsp nº 107.959/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 7.6.2001, publ. 20.8.2001.

³³ STJ, REsp nº 1.416.580/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 1º.4.2014, publ. 15.4.2014.

³⁴ Sobre o tema, v. MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, especialmente, p. 279-284, a respeito do chamado contrato de namoro.

estipulado “estatutos privados de convivência”, os chamados “contratos atípicos de namoro”.³⁵ Tais declarações de vontade não possuem feição tipicamente contratual, uma vez não que se revelam como ajuste de vontade destinados a criar, modificar ou extinguir situações jurídicas, visto que consistem em convenções sobre a “ausência de comprometimento recíproco e a incomunicabilidade de seus respectivos patrimônios, em busca de segurança jurídica”.³⁶ Em outras palavras, seria um “contrato” para impedir ou prevenir a constituição de uma relação jurídica que resulta do fato (e não de um pacto) da convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família. Os chamados “contratos de namoro”, via de regra, intentam afastar a existência de uma união estável, especialmente os possíveis efeitos patrimoniais dela decorrentes e, nesse sentido, se revelam inúteis. Embora a declaração unilateral de vontade seja válida e eficaz, uma vez que não há lei que impeça, Gustavo Tepedino alerta que a “autonomia negocial não tem o condão de negar futura configuração de união estável, a partir da constatação fática de seus requisitos”.³⁷

Com efeito, o casal de namorados pretende declarar, sem coação ou induzimento, que vivem um relacionamento amoroso, mas que não possuem nenhuma intenção de estabelecer uma comunhão de vida, ou seja, constituir uma entidade familiar. A busca por um espaço maior de liberdade pelos membros da família contemporânea e os turvos limites entre a união estável e o namoro³⁸ não são argumentos suficientes para permitir que uma mera declaração conjunta negue ou desconfigure a realidade para afastar os efeitos da união estável, isto é, permita-se a insistência, da convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, não raro em prejuízo de parte mais frágil. Trata-se, no máximo, de mais um elemento de prova a ser valorado em conjunto com as circunstâncias do caso concreto. Nas relações dinâmicas e fluidas da contemporaneidade, a vontade declarada em determinado momento nem sempre corresponde à realidade de vida das pessoas ao longo do tempo, e permitir que

³⁵ TEPEDINO, Gustavo. Solidariedade e autonomia na sucessão entre cônjuges e companheiros. Editorial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 14, p. 11-13, out./dez. 2017. p. 12.

³⁶ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 495.

³⁷ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 495.

³⁸ Em razão da dificuldade em delimitar a cinzenta zona entre namoro e união estável, cunhou-se a existência de uma nova espécie de relacionamento chamado de “namoro qualificado”, que seriam relacionamentos caracterizados pela convivência pública, contínua e duradoura entre as partes, com “ares de família” (XAVIER, Marília Pedrosa. *Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo*. 2011. 127 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 83). V. STJ, REsp nº 1.454.643/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Antônio Bellizze, j. 3.3.2015.

uma prévia declaração conjunta negativa afaste ou iniba a existência dos requisitos fático-legais de configuração da união estável significa romper com toda a trajetória de proteção dessas entidades familiares.

Embora sejam situações bastante próximas, namoro e união estável não se confundem em sua caracterização e efeitos jurídicos. A distinção central parecer residir no aspecto que não escapou à perspicácia de Zeno Veloso e que pode ser sintetizado numa frase de uso comum: “os namorados não querem compromisso”.³⁹

6 A importância da valoração da prova pelo julgador

A despeito de o presente trabalho não tratar de questões de natureza processual, permitam-se brevíssimas considerações sobre a valoração da prova, na medida em que o reconhecimento da união estável está vinculado a conceitos indeterminados, cujo conteúdo emana exclusivamente dos fatos submetidos à apreciação do julgador.

De acordo com o art. 371 do Código de Processo Civil,⁴⁰ o juiz aprecia a prova constante dos autos e deve indicar na decisão as razões da formação de seu convencimento. Se empregar conceitos jurídicos indeterminados, deverá explicar o motivo concreto de sua incidência no caso, sob pena de não se considerar fundamentada sua decisão, seja interlocutória, sentença ou acórdão, conforme prevê o art. 489, §1º, II, da Lei Processual Civil vigente.

Razoável, por conseguinte, que se reafirmem alguns aspectos que, se forem preteridos na atribuição de conteúdo aos conceitos indeterminados, provocarão prejuízo para uma das partes, se não para ambas.

Como acima explicitado, os requisitos legais para configuração da união estável não têm conceito predeterminado e rígido, mas tendências construídas pela doutrina e jurisprudência para sua conformação. Seu conteúdo surge diante do caso concreto, da análise da prova. Serve de exemplo o que há de ser considerado convivência duradoura, na ausência de tempo mínimo estabelecido pelo legislador. O mesmo pode ser dito com relação à publicidade e continuidade. O próprio conceito de família há de ser modulado, pelas razões expostas acima. Na verdade, o reconhecimento da entidade familiar resultará da avaliação que for dada ao conjunto de fatos trazidos pelas partes.

³⁹ VELOSO, Zeno. Namoro não gera direito patrimonial. *Só Leis*. Disponível em: <https://www.soleis.adv.br/artigonamoraogeradireito.htm>. Acesso em: 2 fev. 2019.

⁴⁰ “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

No caso de uniões homoafetivas é imprescindível que a avaliação seja feita sob perspectiva diferenciada, que leve em conta o cenário social onde se desenvolveu a relação entre as partes, para que possa ser entendido como ausente (ou presente) algum requisito.

Especialmente nessa hipótese, a ausência de um requisito, por si só, não é suficiente para rejeitar, de plano, a existência da união estável e reconhecer um namoro, visto que as exigências legais se imbricam e a apreciação de uma delas é decisiva para outra. Além disso, como exposto acima, difícil e tênue é a diferença entre união estável e namoro, exigindo assim consistente fundamentação da decisão.

Assim, fica evidenciado que, especialmente no caso de uniões homoafetivas, a apreciação das provas, se não for feita de modo adequado, isto é, considerando as reais circunstâncias, ou seja, o cenário social onde ocorrem os fatos, provavelmente conduzirá a conclusões equivocadas ou contraditórias em prejuízo das partes.

7 Considerações finais

O reconhecimento constitucional e a regulamentação pelo Código Civil não estancaram os questionamentos que rondam, até o presente, a união estável, quer exatamente no que respeita a sua configuração, quer em seus efeitos patrimoniais, notadamente os sucessórios, que ainda subsistem mesmo após a decisão do STF no julgamento dos recursos extraordinários nºs 646.721 e 878.694, que declararam inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, equiparando para fins sucessórios cônjuges e companheiros, inclusive em uniões homoafetivas.

Ainda uma vez, são os Tribunais convocados a dirimir as difíceis questões que se apresentam, de que é exemplo a orientação firmada pelo STF sobre as uniões estáveis constituídas por pessoas homossexuais, também designadas uniões homoafetivas. Igualmente apesar de já decidido pelo STF, os contornos e adequada interpretação aos elementos necessários à caracterização da união estável homoafetiva ainda geram dúvidas e controvérsias. O principal motivo reside na matriz heterossexual que ainda permeia a análise do tema e direciona o legislador.

Indispensável ressaltar que, mesmo contra a vontade de uma das partes, a união estável pode ser reconhecida e produzir efeitos jurídicos, uma vez comprovada a presença dos requisitos legais. A situação se torna ainda mais dramática na hipótese de reconhecimento judicial da união estável após o falecimento de um dos companheiros em razão do litígio com os herdeiros, o que se agrava com a já mencionada decisão do STF que equiparou o regime sucessório entre cônjuge e companheiro.

Nas basta, portanto, reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, mas é preciso, sobretudo, atentar-se às suas peculiaridades, de modo a protegê-la no mesmo patamar dos demais núcleos familiares, sob pena de afronta aos desígnios constitucionais. Exigir na mesma intensidade a presença dos requisitos para a configuração da união estável homoafetiva e heteroafetiva viola a isonomia substancial, bem como os direitos fundamentais à vida privada e à intimidade, que permitem a formação de arranjos familiares de acordo com a autonomia privada no contexto da solidariedade. Indispensável compreender a família como instrumento para o desenvolvimento da personalidade dos seus membros, a partir de suas singularidades e vulnerabilidades no meio social. Trata-se de estabelecer critérios hermenêuticos compatíveis com o momento histórico e com a realidade brasileira. Desse modo, a revisão ou a flexibilização dos requisitos constantes no art. 1.723 para as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo é medida afirmativa da igualdade material, além de passo importante para afastar a predominância da heteronormatividade como modelo padrão das entidades familiares.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Uniões estáveis homoafetivas entre a norma e a realidade: em busca da igualdade substancial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 24, p. 121-147, abr./jun. 2020. DOI: 10.33242/rbdc.2020.02.007.

Recebido em: 23.05.2019

1º parecer em: 24.06.2019

2º parecer em: 13.01.2020