

A UNIÃO ESTÁVEL E O DIREITO DE FAMÍLIA¹

*Luana Madalena de Oliveira²
Salvador de Maio Neto³*

RESUMO: Com o aumento das uniões estáveis na constituição de famílias nos dias atuais e com a figura do Casamento no Direito Civil, estar em desuso e cada vez mais há dificuldades em estabelecer critérios relacionados a situação familiar, o trabalho pretende estabelecer uma ligação que envolve a ordem jurídica e as uniões de fato. Assim, a pesquisa bibliográfica pretende encontrar respostas ao que a sociedade vem adotando como forma de constituir famílias de maneira a trazer informações esclarecedoras do confronto entre a realidade social e a ordem jurídica instalada. O objetivo de demonstrar a evolução entre a sociedade e o direito está como forma de explicar porque as regras de união estável e o casamento se confrontam, embora as famílias estejam constituídas a partir do envolvimento entre os seres e a relação de proteção aos direitos dos filhos, da mulher e do que resulta a instituição do casamento e a sua falta, tendo por resultado a ser encontrado de informar as diferenças entre uma e outra forma de união.

Palavra chave: União Estável. Convivência. Direito de Família.

ABSTRACT: With the rise of unions in the formation of stable families today and the picture of marriage in civil law, is in disuse and more and more difficulties in establishing criteria related to family situation, the work seeks to establish a connection that involves the order Legal and facto unions. Thus, of the literature seeks to find answers to what the company has adopted as a way to provide families a way to bring information to clarify the conflict between social reality and law installed. The purpose of showing the evolution of society and the law is as a way to explain why the rules of stable marriage and face, while the families are formed from the engagement between the beings and the protection of the rights of children, women and what follows the institution of marriage and its lack, with the result to be found to tell the difference between one and another form of union.

Keyword: Stable. Living. Family Law

INTRODUÇÃO

O Direito de Família com as mudanças sociais encontra-se em processo de modificação dinâmica, não mais preocupado tão somente com o patrimônio e a personalidade jurídica do casamento, mas sim nas relações afetivas entre os seres humanos, reconstruindo a partir do princípio da dignidade humana previsto na Constituição Federal de 1988, como princípio fundamental do cidadão.

A dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III, art. 1º da Constituição Federal, é uma condição da “constituição cidadã”, existente no mundo do ser; com um valor importante ao ordenamento jurídico e de todas as demais ciências que têm o homem como centro de referência, cujos efeitos vai de encontro ao Direito de Família em especial, com profundas modificações estruturais, ampliando o conceito de igualdade.

Daí porque a necessidade de "reinterpretar o sistema constitucional em favor do homem, que passa a ser o maior beneficiado com tal reanálise, posto que é o protagonista de toda a vivência social, voltando a ser o centro de todas as atenções, corolário de uma clara interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana e de sua aplicação às demais searas do Direito Civil", conforme assinala Popp (POPP, 1999, p. 152).

É justamente esse princípio, da dignidade da pessoa humana, que veio servir de base as grandes inovações em matéria de direito civil, servindo de norma de estrutura para todo o ordenamento jurídico brasileiro e exigindo uma releitura e reinterpretação de tais ordenamentos jurídicos, eis que esta Constituição adotou o princípio da dignidade da pessoa humana, abrindo precedente históricos a criar regras para a família brasileira, reconhecendo e aceitando a união estável como forma legítima de constituição da entidade familiar não-matrimonial formada entre um homem e uma mulher.

A Constituição Cidadã de 1988 tratou de forma única os direitos fundamentais e, em especial, a proteção das relações da pessoa em sociedade e em relação a parte que é diretamente ligado ao Direito de Família, trouxe profundas e necessárias alterações, pelas quais a sociedade já haviam modificado seu entendimento e precisava destas alterações a muitas décadas. Assim, sob uma nova forma de ver o Direito, iniciou-se uma nova releitura crítica do Direito, que já não pode limitar-se à reprodução de saberes, mas devia caminhar por novas fontes de investigação, de forma independente, como assevera Luiz Edson Fachin:

deve ser a introdução diferenciada a estatutos fundamentais, na explicitação de limites e possibilidades que emergem da indisfarçável crise do Direito Privado. É uma busca de respostas que sai do conforto da armadura jurídica, atravessa o jardim das coisas e dos objetos e alcança a praça que revela dramas e interrogações na cronologia ideológica dos sistemas, uma teoria crítica construindo um modo diverso de ver. E aí, sem deixar de ser o que é, se reconhece o ‘outro’ Direito Civil. E, se essa proposta escala montanhas epistemológicas, voa em rotas mal percorridas e mergulha em águas turbulentas, não despreza as planícies, os caminhos bem torneados, muito menos o flúmen tranqüilo de cognição adquirida. Crítica e ruptura não abjuram, *tout court*, o legado, e nele reconhecem raízes indispensáveis que cooperam para explicitar o presente e que, na quebra, abrem portas para o futuro (FACHIN, 2000, p. 4-5).

Até porque alguns textos legais, que sucederam a Constituição de 1988, foram influenciados pela nova diretriz da dignidade da pessoa humana, com o que pacificaram muitos dos conflitos sociais até então existentes, como exemplo as Leis 8.971/1994 e 9.278/1996, que disciplinaram a união estável. Com o novo Código Civil, colocado em vigor em 2002, decorrente dessa nova ordem de idéias, que priorizou a pessoa humana e os direitos da personalidade, a função social, a boa-fé, e tantos outros institutos voltados à garantia da dignidade da pessoa, foi necessário reinterpretar o Direito Civil, reler suas disposições sob uma nova visão diferenciada, reconstruída sobre novos e mais sólidos fundamentos e a serem aplicados a ordem jurídica em vigor.

A abordagem deste trabalho, está direcionada na união estável, procurando evidenciar algumas das mudanças mais importantes que se verificaram ao longo dos últimos anos, nas informações doutrinárias e tendências jurisprudenciais que se confirmaram ou se modificaram, procurando analisar, alguns aspectos que têm merecido a atenção da doutrina e que sofreram alguma influência com a edição do Código Civil de 2002, iniciando com um rápido resumo histórico da noção de família e apontando os elementos caracterizadores da união estável, o que foi mantido e o que foi alterado pela nova legislação, pesquisa realizada através do método indutivo em pesquisa bibliográfica.

A FAMÍLIA

A família existe desde o momento em que o homem passou a viver em grupos e constituída sob as mais variadas formas de agrupamentos, segundo os costumes de cada povo e influenciada pelos valores sócio-culturais, políticos e religiosos de cada época. Em algumas sociedades não-ocidentais os parceiros conjugais eram escolhidos pelos pais, só vindo a conhecer-se no momento da celebração das núpcias, sendo que no Egito antigo, como exceção à regra universalizada que veda o casamento entre membros da mesma família, o casamento entre irmãos era admitido, para assegurar a manutenção da pureza do sangue da família do Faraó.

Na China tradicional, ao contrário, a proibição do casamento no meio familiar estende-se a vários graus de parentesco, como forma de evitar a consangüinidade nas uniões, sendo que algumas culturas, como a brasileira e praticamente todo o resto do ocidente, só aceitam um casamento (monogamia), enquanto outras civilizações permitem vários casamentos concomitantes (poligamia), como ocorre no Islã, onde os muçulmanos têm o direito de possuir até quatro esposas ao mesmo tempo.

Trata-se da forma de poligamia conhecida como poliginia, onde há duas ou mais mulheres casadas com um único homem, ou pode ocorrer hipóteses de poliandria (uma mulher com dois ou mais maridos), situação bastante comum nas fronteiras entre o Tibet e o Nepal.

Em Mustang, uma dessas localidades, a terra fértil é muito escassa e se os homens de uma mesma família se casarem com mulheres diferentes terão que dividir a propriedade, que se tornará insuficiente para o sustento de todos.

A solução comumente aceita e institucionalizada é de casarem-se dois ou mais irmãos com uma mesma mulher, compartilhando-se assim a terra e a esposa, que passa um certo número de noites com cada um dos maridos, convivendo o grupo familiar em perfeita harmonia. Por não se saber quem

é o pai das crianças, adota-se a situação de que o irmão mais velho é chamado de pai e o mais novo de tio.¹

Na Roma antiga, as pessoas componentes da família encontravam-se sob o *patria potestas* do ascendente masculino mais velho, assim, se um casal só tivesse filhas mulheres adultas e um menino, de qualquer idade, este seria o *pater familias*, caso o pai viesse a faltar, não havendo correlação direta com a consangüinidade, sendo que o *pater familias* tinha poder sobre todos os descendentes não emancipados e sobre as mulheres casadas com *manus* com os descendentes.

Segundo Arnaldo Wald relata: A mulher, ao casar, podia continuar sob a autoridade paterna no casamento sem *manus* ou entrar na família marital no casamento com *manus*. O que não se admitia é que pertencesse simultaneamente a duas famílias. (WALD, 1973, p. 24).

Havia em Roma dois tipos de parentesco, o parentesco por *agnação*, consistente no vínculo entre pessoas sujeitas ao mesmo *pater*, mesmo que não fossem consangüíneos e o parentesco por *cognação*, que era o parentesco sangüíneo sem sujeição ao mesmo *pater*. Narrando a vida dos cidadãos na Roma antiga, Fustel de Coulanges explica que o casamento fazia parte do contexto religioso da família. Cada grupo familiar possuía sua própria religião, suas próprias orações e formulações, em torno do fogo doméstico e dos antepassados.²

O casamento tinha um caráter de certo modo traumático, pois a jovem esposa, criada sob a religião paterna, adorava o fogo doméstico e participava de todas as celebrações diárias e cultuando os deuses daquela família e ao casar-se, renunciava ao fogo doméstico da casa paterna para aderir ao fogo doméstico da casa do marido.

Era como se mudasse de família, passando a ser considerada como uma filha de seu marido, sob orientação religiosa deste e, para o marido, o ato de casar também tinha a sua gravidade, pois importava em aproximar do fogo doméstico uma pessoa estranha e com ela celebrar as cerimônias misteriosas do seu culto, revelando-lhe os ritos e as fórmulas que eram patrimônio exclusivo de sua família. A jovem era conduzida à casa do esposo e após se lhe apresentar o fogo e a água, que simbolizavam o emblema da divindade doméstica e também a água lustral, para uso nos atos religiosos, o marido deveria tomá-la nos braços, simulando o rapto (Como o rapto das Sabinas quando da fundação de Roma), e carregá-la através da soleira da porta, sem que os pés da moça a tocassem.

Em seguida a conduzia até o fogo doméstico e juntos comiam um bolo de farinha-flor, na presença e sob os olhos das divindades domésticas e somente a partir daí estavam casados e a mulher passava a ter os mesmos deuses, as mesmas orações e as mesmas festas do marido.³

Além da simulação do rapto (na *confarreatio*), também era conhecido o casamento pela simulação da compra da mulher pelo marido (*coemptio*) e aquele que decorria do transcurso de um ano de coabitação, sem interrupção pela ausência do lar conjugal por três noites seguidas (*usus*) sendo que na antiguidade, em quase todos os povos, a união se dava geralmente por uma cerimônia de cunho religioso, celebrada pelo *pater* e sem qualquer participação do Estado.

Aos olhos da sociedade, esta união de um homem e uma mulher atendia aos imperativos culturais e a família era reconhecida como tal. Segundo Álvaro Villaça Azevedo, em palestra proferida

¹ RAFAELLE, Paul. **No reino proibido de mustang**. In Seleções do Reader's Digest, julho/98, p. 67 *apud* DAL COL, Helder Martinez. **A família à luz do concubinato e da união estável**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 21-22.

² COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. (Tradução Edson Bini). 2. ed. São Paulo: Edipro, 1999, p. 41.

³ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. (Tradução Edson Bini). 2. ed. São Paulo: Edipro, 1999, p. 44.

na 16ª Reunião do Fórum Permanente sobre o Direito de Família, as suas observações registradas como:

O casamento de fato existiu no Direito Romano. Em 450 a.C., já dizia-se que havendo posse continuada entre homem e mulher, esta passava, após um ano de convivência ininterrupta, a fazer parte da família de seu marido, sob o poder protetivo deste ou do pai deste, conforme fosse um ou outro o *pater familias*. O casamento era um fato, apesar das teorias contrárias. O elemento da coabitação romana era a coabitação física. Quando o marido ficava separado mais de 5 anos da mulher, sem que esta soubesse de seu paradeiro, havia o divórcio *bona gratia*, que era automático. (...) No Direito Romano, como visto, nunca houve necessidade de celebração para haver o matrimônio; nas Ordenações nós encontramos três tipos de união matrimonial: o casamento religioso católico, o casamento de fato (*usus romano*), e o casamento por escritura, que não era casamento civil, mas realizado por documento *ad probationem tantum*. Estes institutos têm quase 4.000 anos e foram torpedeados pelo nosso legislativo, no Decreto 181 de 1890. Com este decreto secularizou-se o casamento, passando a existir, somente, o casamento civil, reconhecido pelo Estado. Na Constituição de 1967, mesmo depois da emenda de 1969, o artigo 175 dizia que a família era constituída pelo casamento, certamente civil, tendo a proteção do Poder Público. Um texto constitucional não pode cometer esta discriminação, dizendo como um povo deva constituir sua família. Não pode fechar os olhos à realidade. (...) A par da Constituição de 1967, a jurisprudência tentou equilibrar a situação dando direitos à concubina. Até hoje existem decisões tentando ajudá-la, como: participante de relações domésticas, prestadora de serviços do lar etc. A lei de Previdência Social equipara a concubina no concubinato adúlterino à esposa, com o mesmo direito desta à pensão. O STF criou a súmula 380, que diferiu o concubinato da sociedade de fato. Além da convivência era necessária a aquisição de patrimônio comum, com esforço de natureza econômica, o que era muito difícil provar. Surgiu a Lei Nelson Carneiro, em 1994, e a lei de 1996, que é uma síntese do projeto originário do palestrante.⁴

Com este breve relato pela história, percebe-se que houve uma grande transformação no conceito de família em todo o mundo, até chegarmos à Família atual e contemporânea, especialmente aquela que se encontra disciplinada nos moldes do Direito Brasileiro, inclusive com o disciplinamento da "União Estável", como forma de constituição familiar, em que o nosso ordenamento jurídico abriu espaço a uma nova era de direitos da personalidade, reafirmando a dignidade da pessoa humana como valor fonte, passando essencialmente pelo cidadão, que é a razão de ser da nossa Constituição e essencialmente do próprio Direito.

REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL

A união estável, como forma de constituição da entidade familiar não comporta um rito específico, como se dá com o casamento. É fruto da constatação, ao longo do tempo, da existência de alguns requisitos elementares, que somados, a caracterizam. Inicialmente, há que se destacar que não é toda e qualquer união entre homem e mulher que poderá ser reconhecida como entidade familiar. De plano, se excluem do conceito as uniões adúlterinas e aquelas que envolvem pessoas proibidas de casar entre si, por impedimentos absolutos, pois, a despeito de preencherem os demais requisitos legais, não poderão ser consideradas como convivendo sob a égide da união estável.

⁴ http://www.emerj.rj.gov.br/forum/forum_dire_fam/ata_16.htm

É por tal razão que o Código Civil assinalou como condição à caracterização da união estável a ausência dos impedimentos matrimoniais, excepcionando, porém, os separados judicialmente e de fato, que a despeito de (ainda) não poderem se casar, podem viver em união estável, já que desfeita a sociedade conjugal e passível de ruptura o vínculo matrimonial, em face de sua dissolubilidade e assim a união estável somente poderá ser apreciada no plano jurídico quando se referir a companheiros que não possuam impedimento para casar entre si, caso fosse esta sua opção de constituição familiar.

Conforme esclarece Maria Helena Diniz, para que se configure a relação concubinária, é mister a presença dos seguintes elementos essenciais: 1) Diversidade de sexos; 2) ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial entre os conviventes (excepcionado o inciso VI do art. 1521); 3) notoriedade de afeições recíprocas; 4) honorabilidade, reclamando uma união respeitável entre os parceiros; 5) fidelidade ou lealdade entre os amantes; 6) coabitação, uma vez que o concubinato deve ter a aparência de casamento, com ressalva à Súmula 382 e 7) a colaboração da mulher no sustento do lar.⁵

Com relação à fidelidade, que no passado era apontada por alguns autores como sendo exigência em relação à mulher, firmou-se o entendimento de que se trata de uma condição recíproca, envolvendo também a fidelidade do homem à companheira, visto que na relação concubinária ou na união estável, essa premissa é primordial ao princípio da isonomia, salvo quando se trata de concubinato (antigamente dito "impuro", denominação já não mais aceitável frente às novas disposições legais), onde um dos parceiros já é casado, não sendo, pois, de se lhe exigir fidelidade, já que sabidamente divide o leito com a mulher ou com o marido legítimo.

A jurisprudência, por sua vez, tem dispensado especial atenção aos elementos fáticos presentes em cada caso concreto posto a julgamento, examinando se restou demonstrado que os conviventes postulantes ao reconhecimento da união estável: a) mantiveram pública convivência, longa e duradoura, de forma intermitente e notória, sob o mesmo teto, com vistas à constituição de família; b) demonstrando estabilidade e vocação de permanência, ou seja, compromisso e claro propósito de continuidade da vida em comum; c) estando desimpedidos legalmente para o matrimônio (muito embora, em não estando, serem reconhecidos direitos patrimoniais); d) amealharam patrimônio após a união, pelo esforço comum, que se presume; e) constituindo prole, ou não; f) com afetividade, fidelidade, respeito e mútua assistência, material e moral, dentre outras particularidades.

CONVIVÊNCIA PÚBLICA E NOTÓRIA

A publicidade de uma relação afetiva *more uxorio* reside na exposição dos companheiros perante o grupo social ou familiar em que vivem, apresentando-se como um casal, partilhando os problemas comuns, prestando auxílio mútuo, moral e materialmente, dispensando-se respeito e afeição.

Não se caracterizará a união estável, então, o relacionamento às ocultas, típico das uniões adúlterinas ou censuradas pelo meio social, inclusive não serão elemento de prova para a união estável os encontros casuais, mesmo que para fins de manutenção de relações sexuais, se o casal não ostentar a convivência e, com ela, a existência de um vínculo psicológico e afetivo que os une com a finalidade de constituir um núcleo familiar, mas, se são conhecidos perante sua comunidade como um casal que habita o mesmo lar, dispensando-se mútuo respeito, tal requisito estará atendido, mesmo que seu grupo de relação seja reduzido.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de Família. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5. p. 336-343.

Tem prevalecido na doutrina a inclinação pelo entendimento que aponta a desnecessidade de convivência dos companheiros sob o mesmo teto, admitindo a possibilidade de os mesmos já residirem em locais separados antes de tornar-se a união estável e continuarem a assim viver por todo o tempo, seja por razões de ordem profissional (que mesmo no casamento muitas vezes impõem a vivência dos cônjuges apenas parcialmente sob o mesmo teto), seja de ordem pessoal, como no caso em que ambos possuem filhos resultantes de relacionamento anterior e com estes residam parte do tempo, sem prejuízo de sua vida a dois.⁶

Nada impediria que essa convivência em moradias diversas viesse a ocorrer em momento posterior, quando já caracterizada a união estável e após ter-se tornado duradoura a convivência sob o mesmo teto.

Concubinato – Sociedade de fato. Partilha de bens. Não se exige morada comum à tipificação do concubinato, bastando relacionamento material e afetivo prolongado, notório e em caráter de fidelidade recíproca. Requisitos comprovados. Partilha de todos os bens adquiridos durante o período de vigência do concubinato, com direito à meação à autora. CF/88, art. 226, § 3º. (TJRS – Ac. 592.094.171 – 7ª C. – Rel. Des. Alceu Binato de Moraes – J. 04.11.1992) (RJ 188/96 - in Juris Síntese - 101536).

Tal situação também ocorre no casamento, pois a vida moderna tem exigido a separação física dos casais. É comum a mudança do marido para outra cidade, para exercer profissão, permanecendo a mulher e os filhos na cidade de origem, para onde aquele retorna nos finais de semana.

A conquista do mercado de trabalho pela mulher, que não pode dar-se ao luxo de abrir mão de seu emprego para acompanhar o marido e que já não raro percebe maior remuneração que aquele, tem imposto situações dessa mesma ordem, sendo muito comum, ainda, o deslocamento da mãe para acompanhar os filhos, quando estes atingem a adolescência e vão cursar faculdade em cidades distantes, sem que tal afastamento provisório do lar importe em ruptura do casamento ou da união estável.

O que não se pode conceber, portanto, é um distanciamento tal que importe na quase total desvinculação do casal, em termos sexuais e afetivos, pois então não haveria razão para falar-se em união estável e sim, quando muito, de mero namoro ou relação descompromissada. Mesmo nesse caso, a situação fática mereceria apurada análise antes de se tomar posição pela inocorrência da entidade familiar, especialmente quando existirem filhos comuns.

CONVIVÊNCIA ESTÁVEL E DURADOURA

Conforme se pode observar, a Lei nº 8.971/94, que primeiro tratou do companheirismo, impunha um interstício mínimo de 5 anos de convivência contínua e estável para sua caracterização, mas o que vai ditar a estabilidade da união não é necessariamente o tempo ou a quantidade de noites que o casal passa junto, nem a quantidade de relações sexuais que mantenha. Sob tal ótica foi suprimida a exigência dos cinco anos de convivência pela Lei nº 9.278/96, e, em seu lugar figurou a necessidade de comprovação de "convivência duradoura, pública e contínua" entre o homem e a mulher. Atualmente, pela regra do artigo 1.723 do novo Código Civil, é reconhecida como entidade

⁶ Súmula 382: "A vida em comum sob o mesmo teto *more uxorio* não é indispensável à caracterização do concubinato". É de se lembrar que à época, o termo concubinato expressava todas as formas de união entre casais, que conviviam sem serem casados, abrangendo tanto a união estável quanto os relacionamentos concubinários propriamente ditos.

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, sem que seja exigido qualquer prazo de convivência pré-estabelecido.

Duradoura é a que se prolonga no tempo e pública, a que se revela ao grupo social abertamente, sendo contínua, a que não sofre interrupções, enquanto durar, ou, se as sofre, que não sejam suficientemente numerosas ou prolongadas a ponto de desnaturar o caráter de relação estável, com o que pode-se, então, retomar os questionamentos que já se formulava antes do Código Civil de 2002, deixando ao parece, o legislador um amplo espectro de liberdade para o juiz interpretar a norma na sua atividade para compreender esta convivência.

A ESTABILIDADE E A RELAÇÃO FAMILIAR

O requisito da estabilidade da relação é outro que suscita alguns questionamentos subjetivos, mas é evidente que a idéia de estabilidade não pode ser concebida *a priori*, mas sim após razoável decurso de tempo, que firme a presunção de seriedade e solidez no compromisso assumido pelo casal, principalmente pela sua constatação, que se dará em momento posterior ao início do relacionamento. E se este, por injunções da vida, vier a dissolver-se antes de caracterizada a convivência duradoura e estável de união estável passa a ser entendida como namoro, ou mera tentativa fracassada de convivência, tornando-se uma união instável.

Por esta situação, um relacionamento não pode nascer como estável, mesmo com a prévia disciplina em contrato, do regime de bens e outras cláusulas para reger a vida a dois, porque o natural é que o contrato, se existir, seja celebrado a certo momento, no caminho da vida a dois, quando os propósitos se intensificam e o objetivo de constituir família se torna comum e, então, da união que já se tornara estável, origina-se um contrato para regular o futuro, em que podem os companheiros, inclusive, dispor sobre o patrimônio já adquirido em comum, ou por um só deles, antes da celebração do que ficar pactuado.

É preciso observar, portanto, que a estabilidade é uma condição que ocorre ao longo de certo tempo, mas que não está unicamente vinculada ao tempo; exige outros fatores comportamentais que independem do tempo de convivência, assim, se um dos companheiros leva vida desregrada, apresentando-se com outra pessoa publicamente, a intervalos regulares, não se poderá considerar estável a relação afetiva com qualquer delas.

Os rompimentos e separações constantes, igualmente, podem ser um fator impeditivo para tal verificação de estabilidade, especialmente quando nos intervalos entre um reatar e outro, um ou ambos desfrutem da liberdade afetiva, ostentando-a em público, de forma deliberada. Já no caso da intenção em constituir família, ao contrário, parece não deixar dúvidas quando se faz presente e se revela, principalmente, através dos filhos, ou da programação da mesma.

Embora a ocorrência de relações sexuais seja um dos fatores caracterizadores da união entre homem e mulher, pode se dar que pela idade do casal tal aspecto seja irrelevante, dispensando-se, ao invés de sexo, carinho e companhia, compreensão e auxílio mútuo, o que leva a concluir que sequer a prática sexual é condição indispensável ao reconhecimento da união estável.

A UNIÃO ENTRE PESSOAS E A DUALIDADE DOS SEXOS

A dualidade de sexos tem sido apontada pela lei, com o descrito na doutrina e na jurisprudência, como requisito indispensável para a ocorrência da união estável, o que impede falar-se em união entre pessoas do mesmo sexo. Qualquer outra espécie de relacionamento que não o composto por homem e mulher traduziria, segundo a doutrina majoritária, uma sociedade de fato, sem o escopo de constituição de família.

Mas há quem defenda o reconhecimento imediato de famílias homossexuais, propondo inclusive o casamento entre pessoas do mesmo sexo, bandeira levantada pela sexóloga e então Deputada Marta Suplicy, quando defendeu, em polêmico projeto de lei, a legalização do casamento entre homossexuais, porém, nem as leis 8.971/94 e 9.278/96, nem o Código Civil de 2002, abriram ensejo a tal possibilidade, dispondo expressamente que o reconhecimento da entidade familiar, na forma de união estável, era restrito ao relacionamento entre homem e mulher.

Qualquer outra forma de conjunção de vida afetiva deve receber sua denominação própria, com tratamento adequado, de acordo com as peculiaridades que envolve, não sendo de se lançar na vala comum da união estável tipos de relacionamentos aos quais em nada se aplicarão grande parte de suas previsões, especialmente aquelas que envolvem a pessoa dos filhos, já que mesmo as implicações patrimoniais na união estável levam em consideração a existência destes, bem como o fato de serem comuns ou unilaterais, dentre outros aspectos.

Portanto, o relacionamento homo-afetivo não se confunde com união estável e deve ser tratado com regras próprias. Nossa legislação sequer possui regramento para tais hipóteses, fato este deveras criticado pela doutrina, uma vez que a nova codificação passou ao largo de tais assuntos, conhecidos e polêmicos, já que pertencem a sociedade contemporâneos e ao período de elaboração do próprio Código.

Francisco Cox aborda este fato que começa a tomar corpo no ambiente social, mas conclui que tal possibilidade artificial de procriação não implica na possibilidade de falar-se em casamento entre pessoas do mesmo sexo, muito embora possam estas estabelecer mútua convivência através de instrumento contratual, distinto da celebração de núpcias.

Afirma o autor:

"El Código Civil señala: 'El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente'. Aun me parece que se puede discutir que la diferencia de sexo sea un elemento de la esencia del contrato. Algunos podrán plantear que dos personas de un mismo sexo no pueden procrear, pero lo mismo es aplicable para ciertas parejas de distinto sexo, significa esto que esas personas no podrían contraer matrimonio. Además hoy en día por medio de la inseminación artificial dos lesbianas podrían tener un hijo. Pero ese no es el tema del presente artículo, lo que yo señalo no es que homosexuales celebren matrimonio, sino cosa distinta, que celebren un contrato innominado el cual se regiría, en subsidio, por las normas del matrimonio establecidas en el Código Civil y la Ley de Matrimonio Civil, en cuanto sean aplicables" (COX, Francisco. **El matrimonio entre homosexuales**. In: Revista de la Academia de Derecho. N. 3. Julio de 1994. Santiago. Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. p. 24).

Imagine-se ainda hipótese mais comum, de homossexual do sexo masculino que adota filho e passa a viver em companhia de outro homem, ou, ainda quando uma pessoa (homem ou mulher) que já tem filhos de um casamento heterossexual, dissolvido pela separação, divórcio ou morte do ex-

cônjuge e que com eles viva, constituindo uma família monoparental, vem a assumir um relacionamento homossexual e integrar o companheiro ou companheira do mesmo sexo ao grupo doméstico. Não estará consolidando mais um membro à família pré-formada e transmudando-a para uma família formada por homossexuais?

O certo é que o Direito Civil está em processo de reconstrução e não poderá ignorar os problemas sociais para sempre e, chegará o momento em que nosso legislador terá que enfrentar essas e outras questões e disciplinar os direitos e deveres daquelas pessoas humanas dignas que necessitam da proteção do Estado, apesar de suas opções diferenciadas e não tradicionais.

Dessa forma, percebe-se que a entidade familiar, para ser reconhecida como tal e conferir aos companheiros os direitos e deveres inerentes ao instituto da união estável, precisa atender a todos os elementos previstos no novo Código Civil, bastando que falte apenas um deles para obstar tal reconhecimento e os efeitos jurídicos dele decorrentes.

O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Direito se faz através da linguagem. Os signos expressam os significados e os significantes e a questão terminológica é relevante para o tecnicismo científico do Direito. Antes do advento da Constituição Federal de 1988 e das Leis 8.971/94 e 9.278/96, havia uma multiplicidade de denominações aplicadas à relação afetiva desenvolvida fora dos liames do matrimônio civil.

Ao referir-se à pessoa que com outra vivia sem ser casada, falava-se em concubina, convivente, companheira, amásia, namorada, amante, etc. Para designar o instituto, as expressões concubinato, companheirato, companheirança, amasiamento, dentre outras, que podem demonstrar a partir da obra do Prof. Caio Mário da Silva Pereira assim dispendo:

Responsabilidade civil, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 330), que em um único parágrafo utilizou nada menos que três expressões distintas para nominar a mulher não casada, que pleiteava indenização pela morte do companheiro, verbis: "Questão que tem desafiado os tribunais consiste na indagação se a concubina tem legitimidade para pleitear a reparação de danos pela morte do companheiro. Embora a relação concubinária não seja reconhecida senão para certos e determinados efeitos e em face de situações especiais (e.g. investigação de paternidade, dissolução da sociedade conjugal, proteção previdenciária), pode a reparação ser concedida à concubina. Nesse caso incoorre a presunção de dano, ao contrário do que se dá em relação ao cônjuge e aos filhos. Para que seja reconhecida a legitimatio à amásia, é mister demonstre ela que o desaparecimento da vítima importa em efetivo prejuízo, privando-a do amparo, do socorro ou do auxílio que lhe prestava. O Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro reconheceu direito a ser indenizada (ADCOAS, 1985, n. 104.469). No julgamento da Apelação n. 38.602, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concedeu indenização à companheira da vítima".

A expressão "concubina", largamente utilizada por milênios, passou a ser evitada, pela carga negativa que encerrava., porque concubina era a mulher que se deitava com um homem para fins carniais e a conotação era sempre sexual e de ordem quase sempre ilícita. A CF/88 trouxe uma nova definição jurídica para a família constituída à margem do casamento e referiu-se a essa espécie de relação afetiva duradoura, notória e continuada, com objetivo de constituição de família usando o termo "**união estável**".

A Lei 8.971/94, disciplinando os alimentos e o regime de bens, denominou de **companheiros** os componentes da relação afetiva, enquanto que a Lei 9.278/96, definiu os contornos do conceito de união estável e denominou-os de **conviventes**, passando a ser chamada de "Lei dos Conviventes".

Parecia estar resolvida a polêmica dissidência terminológica que tanto ocupou a doutrina e seis anos decorreram, de 1996 a 2002, quando se fez publicar o novo Código Civil, sendo que o projeto que o originou apresentava-se recheado de problemas no Título que cuidou da união estável e trazia sério retrocesso legislativo, extremamente danoso à sociedade, mas foi corrigido a tempo, sanando-se a maior parte das imperfeições.

No que diz respeito à terminologia utilizada, entretanto, o legislador de 2002 fez retroceder o texto normativo, voltando a adotar a expressão "**companheiros**", para nominar os conviventes, restabelecendo expressão já abandonada pela lei especial. Difícil precisar se tal retorno aos termos da lei ultrapassada se faz merecedor de críticas, pois ao que parece o legislador tentou resgatar uma expressão de cunho mais popular e difundido e realmente parece soar melhor falar-se na companheira de um homem e no companheiro de uma mulher, do que na convivente de um homem e no convivente de uma mulher e de que o Código Civil restabeleceu a nomenclatura da Lei 8.971/94 e a consolidou e, portanto, são companheiros, os que vivem em regime de união estável, sendo que o termo "conviventes" pode estar fadado ao desaparecimento ou aguardará o momento propício para ressurgir, em nova legislação com novos dilemas.

Quanto à conversão da união estável em casamento, que antes deveria ser requerida diretamente ao Oficial do Registro Civil, em procedimento não regulamentado e que causava inúmeras dúvidas, o novo Código determina que deva agora ser postulada ao juiz e assentada no Registro Civil. Suficiente assinalar, a respeito, a manifestação de RAINER CZAIKOWSKI:

"Quando a Constituição prevê que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, e quando o art. 8º da Lei 9.278 dispõe que "os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio"; tais previsões só estabelecem a diretriz de viabilizar uma faculdade, que pode ou não ser exercida pelos envolvidos, de acordo com sua vontade. Supõe-se, obviamente, que estejam em condições jurídicas de fazer tal opção, qual seja, casar. Não significa que os parceiros de uma união estável necessariamente devam ter condições de casar. Na prática, é mesmo freqüente que tais uniões se originem justamente entre pessoas separadas judicialmente ou até separadas de fato dos antigos cônjuges. Seria de péssima política e de nenhuma sensibilidade social, excluir estes numerosos segmentos da tutela legal à família. Procura-se, com a caracterização das uniões livres, definir em que circunstâncias elas configuram entidades familiares. Estão excluídas, portanto, em princípio e terminantemente, as relações flagrantemente adúlteras. Além do aspecto moral e lógico de que o Estado não poderia proteger a relação de um cônjuge com terceiro, em adultério, porque estaria acobertando infração ao dever conjugal da fidelidade; há o aspecto de ser inviável o cônjuge adúltero, além de sua família constituída pelo casamento, formar outra, paralelamente, relacionando-se com esposa e concubina concomitantemente (ou, ao contrário, relacionando-se com marido e concubino) e até, quem sabe, sobrevivem filhos de ambas (ou ambos). É inviável no sentido de ser juridicamente inaceitável."

Estas características, com origem na construção jurisprudencial, tecem com maior sentimento de realidade, a formação do instituto, a exigir que o Novo Código Civil recebesse redação contemporânea com a legislação superveniente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do tema de Direito Civil como um todo e em especial o Direito de Família, compreendemos a necessidade da adequação social e temporal das relações existentes entre as pessoas e, após a promulgação das profundas e substanciais mudanças realizadas pela Constituição de 1988, exigindo releitura das normas à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, um novo ordenamento jurídico deve ser criado.

Com o advento do Código Civil, vigente desde 11/01/2003, restaram quase totalmente reproduzidas as disposições das Leis 8.971/94 e 9.278/96, as quais, em face do critério da especialidade, prevalente na averiguação dos conflitos de leis no tempo e no espaço, permanecem em vigência, operando efeitos naquilo em que restavam lacunas, já que o Código Civil, lei geral, não disciplinou a integralidade das matérias nelas previstas.

O legislador optou por abandonar a designação "conviventes" terminologia que se havia consolidado a partir da Lei n. 9.278/96, voltando a tratar os casais que vivem em união estável como "companheiros", nos moldes da revogada Lei n. 8.971/94 e o concubinato, figura que havia sido sepultada com as leis disciplinadoras da união estável, foi ressuscitado pelo Código Civil, recebendo conceituação, mas sem que se disciplinasse seus efeitos jurídicos, abrindo ensejo a novas discussões doutrinárias e posicionamentos jurisprudenciais.

Permanecem os mesmos requisitos exigidos para a caracterização e reconhecimento da união estável, que exige convivência pública e notória, estável, duradoura e continuada, entre homem e mulher, com o objetivo de constituição de família, sendo que as uniões entre pares homossexuais continuam sem qualquer previsão legal, não tendo sido enfrentadas pelo novo Código Civil, não se lhes aplicando as normas atinentes à união estável.

Constituem sociedades de fato, com possibilidade de partilha de bens adquiridos em comum, que devem ser administrados em condomínio e sua regulamentação exige lei própria, porém, haverá de ser reconhecida como entidade familiar, haja vista a existência de agrupamentos com tais características, onde filhos de um dos parceiros afetivos se congregam em torno do par formado por pessoas do mesmo sexo.

Trata-se de realidade social, a exigir regulamentação e proteção do Estado, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, em que proliferam novas formas contratuais para disciplinar as relações afetivas entre pessoas que não desejam ver-se enquadradas nos moldes do revogado "estatuto dos conviventes" e do novo Código Civil, como os contratos de namoro, cuja validade é relativa e sucumbe ante preceitos de ordem pública indisponíveis e perante os direitos de terceiros de boa-fé.

A entidade familiar constituída sob a égide da união estável, finalmente se consolidou, muito embora ainda persistam algumas impropriedades na legislação, que revelam resquícios de discriminação, dando preferência à formação da família pelo casamento, os quais, certamente, irão desaparecer com o tempo, conforme se cristalice a aceitação da nova regulamentação, dessa realidade milenar.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, A.V. **Palestra proferida na 16ª Reunião do Fórum Permanente sobre o Direito de Família**, Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/forum/forum_dire_fam/ata_16.htm>
- COX, F. *El matrimonio entre homosexuales*. In: Revista de la Academia de Derecho. Santiago. Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. n. 3, jul. 1994.
- COULANGES, F. **A cidade antiga**. Tradução Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 1999.
- CZAJKOWSKI, R. União livre. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000.
- DAL COL, H. M. **A família à luz do concubinato e da união estável**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 5. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FACHIN, L. E. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- POPP, C. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial – A proteção contratual no direito brasileiro. *In: Direito civil constitucional*. Coordenação Renan Lotufo. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- RAFAELLE, P. **No reino proibido de mustang**. *In* Seleções do Reader's Digest, julho de 1998.
- TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Org.). **Direitos de família e do menor: inovações e tendências**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- _____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 3.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1973.

¹ Resultado de pesquisa de iniciação científica financiada pelo Artigo 170

² Acadêmica do Curso de Direito da Universidade do Contestado – UnC Canoinhas

³ Prof. Msc. Orientador do Curso de Direito da UnC – Campus de Canoinhas – SC., msalvado@cni.unc.br