



FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

Bianca Silva Nascimento

**A UNIÃO HOMOAFETIVA E OS REFLEXOS NO DIREITO  
SUCESSÓRIO**

M  
34  
F381d

*e.A. 221601*

131915



L0000149563

Biblioteca FER/Rubiataba

Rubiataba

2014

*T: 131915*

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

Bianca Silva Nascimento

**A UNIÃO HOMOAFETIVA E OS REFLEXOS NO DIREITO  
SUCESSÓRIO**

Monografia apresentada ao curso de Direito da  
Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba,  
como requisito para obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Samuel Balduino Pires da Silva

Rubiataba

2014

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

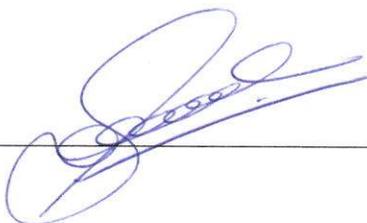
**DIREITO**

**Bianca Silva Nascimento**

**A UNIÃO HOMOAFETIVA E OS REFLEXOS NO DIREITO  
SUCESSÓRIO**

Trabalho apresentado à disciplina de Monografia do curso de Direito da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, sob a orientação do professor Samuel Balduino Pires da Silva especialista em Direito Civil e Processual Civil.

De acordo



Professor Orientador: Samuel Balduino Pires da Silva

RUBIATABA

2014

C. A.  
221601

**A UNIÃO HOMOAFETIVA E OS REFLEXOS NO DIREITO  
SUCESSÓRIO**

Bianca Silva Nascimento

**BANCA EXAMINADORA**

.....  
Prof. Esp. Samuel Balduino Pires

Orientador

.....  
Profª. Dnda. Erival Araújo

.....  
Prof. Esp. Marilda Ferreira Machado Leal

*Aos meus pais, meu esposo, minha irmã e a toda minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.*

## AGRADECIMENTOS

*Primeiramente a Deus, pois ele é quem faz ser possível a realização de todos meus sonhos. É ele que sempre me abençoa, ilumina-me, e me dá forças para vencer todos os obstáculos da minha vida.*

*A minha mãe, ao meu pai, ao meu esposo e a minha irmã, o meu sincero agradecimento, pois sempre me incentivaram e ampararam-me em todos os momentos, fazendo com que eu nunca desistisse.*

*A todos os meus familiares que de uma forma direta ou indireta me ajudaram através de suas orações e palavras de motivação.*

*"O sucesso nasce do querer, da determinação e persistência em se chegar a um objetivo. Mesmo não atingindo o alvo, quem busca e vence obstáculos, no mínimo fará coisas admiráveis."*

José de Alencar

## RESUMO

Tendo em vista que a sociedade evoluiu, os modelos de famílias também evoluíram. O ordenamento jurídico brasileiro, anterior a Constituição Federal de 1988, não amparava as uniões homoafetivas. Tanto as uniões heteroafetivas quanto as uniões homoafetivas possuem as mesmas finalidades, portanto, é injusto que não se conceda os mesmos direitos. Os direitos fundamentais da pessoa humana são os principais contribuintes para que haja regulamentação dos direitos homoafetivos, pois a lei não pode se escusar de regulamentar um direito, ainda mais que está sendo requerido em grande proporção. Não há ainda legislação acerca dos patrimônios que constituírem na constância da união, principalmente na sucessão, causando uma insegurança jurídica por parte desta classe, contudo, existe já, uma plausível regulamentação. Não pode ficar sem amparo os casais homoafetivos, visto que, possuem as mesmas finalidades que as pessoas que vivem em uniões heterossexuais. Mesmo com a ação do judiciário, o legislativo ainda se encontra inerte sobre o devido tema, devendo regulamentar e assegurar os direitos do companheiro, quando o outro morrer.

Palavras-chave: Direito. Família. União homoafetiva. Sucessão.

## ABSTRACT

Given that society has evolved, the families of models have also evolved. The Brazilian legal system, before the Federal Constitution of 1988, there was supporting the homoafetivas unions. Both heteroafetivas unions as the homoafetivas unions have the same purpose, so it is unfair that not granted the same rights. The fundamental rights of the individual are the main contributors so there is regulation of homosexual rights because the law can not be excused to regulate a right, even more being required a great deal. There are no regulations about the assets that constitute the union of constancy, especially in succession, causing legal uncertainty on the part of this class. Do not be left without support the homosexual couples since, have the same purposes as those living in heterosexual marriages. Even with the action of the judiciary, the legislature is still inert on the issue because, should regulate and ensure the fellow rights, while the other die.

Keywords: Right. Family. Homoafetiva Union. Succession.

## SIGLAS E ABREVIATURAS

STF	Supremo Tribunal Federal
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CC	Código Civil
N.	Número
CF	Constituição Federal
ART.	Artigo
STJ	Supremo Tribunal Justiça
MIN.	Ministro
MG	Minas Gerais
P.	Página
PP.	Páginas
§	Parágrafo
§§	Parágrafos
REsp	Recurso Especial

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	11
2 EVOLUÇÕES DOS MODELOS DE FAMÍLIAS .....	13
2.1 Conceitos de famílias .....	13
2.2 O direito de família .....	14
2.3 Modalidades de famílias .....	15
2.4 A união estável.....	15
2.5 A união homoafetiva .....	18
3 PRINCÍPIOS E NORMAS NORTEADORES DA UNIÃO HOMOAFETIVA .....	21
3.1 Dispositivos Regulamentadores .....	21
3.2 Princípios que amparam as uniões homoafetivas .....	22
3.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana .....	23
3.2.2 Princípio da igualdade.....	23
3.2.3 Princípio da não discriminação por Orientação Sexual .....	24
3.2.4 Princípio da liberdade .....	25
3.2.5 Princípio da intimidade .....	25
3.3 Reconhecimento do companheiro homoafetivo.....	26
4 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	28
4.1 Constituições brasileiras .....	28
4.2 Constituição de 1988.....	29
4.3 Lei n. 8.971/94 e 9.278/96 .....	32
4.4 Código Civil de 2002 .....	33
4.5 ADI 4277 e ADPF 132.....	34
5 REFLEXOS PATRIMONIAIS NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS .....	38
5.1 Os regimes de bens no direito brasileiro .....	41
5.1.1 Comunhão universal de bens .....	42
5.1.2 Comunhão parcial de bens .....	43
5.1.3 Participação final nos aquestos .....	45
5.1.4 Separação absoluta de bens.....	46
5.2 Considerações acerca do direito sucessório .....	47
5.3 No direito sucessório.....	50
6 CONCLUSÃO .....	54

REFERÊNCIAS.....	56
------------------	----

## 1 INTRODUÇÃO

O modelo atual de família está exposto a diversas maneiras de discriminações, devido ao grande laço que ainda se tem com as tradições milenares, sejam culturais ou religiosas. Como não há maneiras de reprimir o crescimento desses modelos de família, cada dia é mais constante novos casais homossexuais se unirem, com a finalidade de constituir família.

A família não é somente formada por pessoas de sexos diferentes, conforme ainda aduz o nosso ordenamento jurídico, esta é formada também por pessoas que, mesmo possuindo o mesmo sexo, têm objetivos para serem alcançados juntos, cogitando até mesmo a adoção para que possam ter filhos.

A Constituição tem como foco assegurar princípios fundamentais, ao passo que, neste caso se encaixam vários princípios, como por exemplo, o princípio da dignidade humana, que serve como pilar para edificação das famílias homoafetivas, os demais serão abordados no decorrer deste trabalho.

O meio utilizado para construção deste trabalho, foi o método indutivo, no qual, partindo de alguns fatos que começaram isolados, há, cada vez mais, um grande aumento de famílias homoafetivas. Percebe-se que é uma verdade a construção de normas jurídicas para assegurar direitos a estas pessoas, e, já que existem tantas famílias assim, é provável que muitos outros ainda venham ter o mesmo comportamento.

No primeiro capítulo, será abordado a evolução do direito homoafetivo, as formas de constituição de famílias, o conceito de união estável, para que se possa equiparar a união homoafetiva a ela.

No segundo capítulo, será destacado a legislação, demonstrando que existem princípios que asseguram direitos aos homossexuais e um passo de suma importância para a legislação homoafetiva, que foram a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132, abrindo-se as portas para que sejam criadas mais normas, a fim de regulamentar e amparar as uniões homoafetivas.

No terceiro capítulo, será tratado especificamente o regime de bens que se encaixam as uniões homoafetivas, devendo primeiramente compreender como é estabelecido na união estável, sendo amparado nos mesmos moldes as uniões homoafetivas, para decidirem questões de cunho patrimoniais.

No quarto e último, será exposto as mudanças que aconteceram no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo as formas tratadas por cada Constituição, até advir a atual Carta Magna, que mesmo sendo exemplar, não é ainda totalmente asseguradora de tais direitos. As leis que contribuíram para que obtenha melhores condições de tratamento, e o Código Civil. Entretanto o fator primordial foi o manifesto desta classe, fazendo com que o Judiciário atuasse, devido à inércia do legislativo, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132.

Destaca qual será a posição do casal homoafetivo, em relação à sucessão. Devendo ser concedido, os mesmos direitos sucessórios que têm os heterossexuais nas uniões estáveis, aos casais homoafetivos.

Justifica-se o devido trabalho, por ser um tema de grande repercussão e ainda ficar inerte o legislativo. O Estado deve regulamentar por se tratar de violação do direito à liberdade, e vários outros que\* estão inseridos em nossa Carta Magna como direito fundamental, para se ter assim uma dignidade mínima de vida.

## 2 EVOLUÇÕES DOS MODELOS DE FAMÍLIAS

O objeto deste trabalho é o estudo acerca da evolução da união homoafetiva, bem como do direito sucessório, trazendo a concepção do instituto família e do instituto união estável, para que seja possível compreender os direitos que devem ser conferidos aos casais homossexuais em relação aos direitos sucessórios.

### 2.1 Conceitos de famílias

Segundo Vechiatti (2008), as famílias começaram a se formar no momento em que os homens perceberam que o mundo estava vivendo em uma libertinagem excessiva. Com isso, o incesto, tornou-se proibido, para que se pudesse preservar a espécie humana, começaram a se dividirem na forma de tribos, onde não se permitia manter relações sexuais entre eles, somente com os de outras tribos. Com o advento da idade Antiga, com foco em Roma, as famílias eram governadas por um romano, conhecido como pater. Cada família produzia seus alimentos, fabricavam suas vestimentas e adoravam seus deuses. O pater tinha liberdade para determinar as funções de cada um, e até mesmo poderia vender ou matar.

O cristianismo teve grande importância para descentralizar a função religiosa das famílias. Passaram a acreditar em somente um Deus, não mais em vários deuses. Na idade média, as revoluções industriais retiraram das famílias as funções econômicas, passando a existir a necessidade de trabalhar em lugar distinto ao lar. Nesse período, a Igreja Católica desenvolveu um importante papel no que tange a função educacional. Segundo Coelho (2012, p.22), sobre os modelos existentes de família:

Na civilização ocidental de raízes europeias, são três os modelos de família: tradicional, em que os pais contratam o casamento dos filhos (até meados do século XIX); romântica, em que o pai da noiva tem o direito de não autorizar o casamento (de meados do século XIX até os anos 1960); contemporânea, em que as pessoas casam com quem querem independentemente da vontade dos pais (desde os anos 1960).

O conceito de família é amplo, mas o que se pode ter como objeto de estudo, são as diversas formas de famílias, não de modo restrito, a família. Fiuza (2008, p. 939), considera família de modo geral, mostrando as concepções para que possam formar famílias:

Uma reunião de pessoas descendentes de um tronco ancestral comum, incluídas aí também as pessoas ligadas pelo casamento ou pela união estável, juntamente com seus parentes sucessíveis, ainda que não descendentes.

As concepções de família vêm sofrendo modificações ao passo que a sociedade está se transformando. Esta, por sua vez vem se adaptando na sociedade contemporânea, com uma miscigenação dos modelos mais antigos e com algumas adaptações realizadas pelas famílias contemporâneas.

## 2.2 O direito de família

O direito de família é um direito amplo, que vem para regulamentar os deveres e direitos das famílias, de modo a resguardar seus princípios, normatizar as formas para a constituição desta, como o casamento, a união estável, bem como sua dissolução, as relações econômicas referentes à vida conjugal e pessoais, discorre sobre o conceito Diniz (2004, p. 7):

Direito de família é o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela.

A família é a base para formação da sociedade, por ser de tamanha importância, o Estado dispõe de proteção especial para regulamentá-la. Nessa proteção engloba o casamento, a união estável, as relações de parentesco e os institutos de direito protetivo, conforme está aludido no texto constitucional, em seu artigo 226, caput, que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Uma das principais relações jurídicas da família são as relações horizontais, verticais, colaterais e de afinidade. A relação horizontal é voluntária, são aquelas tidas por conjugalidade; as verticais, são aquelas que não têm uma escolha, fazem parte os descendentes e os ascendentes, incluindo os filhos tidos pela adoção; as colaterais, é aquela existente entre os irmãos bilaterais ou unilaterais, tios e sobrinhos; e por último as relações por afinidade, que é adquirida após o casamento, abrangendo os parentes consanguíneos do companheiro.

mundo também) que lhe está destinando um lugar importante em seu coração e na sua vida. Essa declaração tem relevância ímpar para as relações amorosas, a autoestima de quem a dá e recebe, além da felicidade dos cônjuges, seus pais e familiares; mas pouca importância tem a declaração solene insita ao casamento para a proteção dos direitos. Para a ordem jurídica atual, é absolutamente indiferente se homem e mulher desimpedidos casam ou optam por se unir sem a formalidade do casamento. As consequências pessoais, inclusive para os filhos, e patrimoniais serão rigorosamente as mesmas. Finalmente, pode-se dizer que o casamento se tornou uma simples folha de papel.

As características para que se possam constituir as uniões estáveis estão resumidas em, possuir a necessidade de uma relação duradoura e contínua, devendo agir socialmente como marido e mulher, sendo notória a relação existente; não possuírem impedimentos matrimoniais; deve haver fidelidade, lealdade e respeito reciprocamente. O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula 382, já declarou não ser elemento descaracterizador da união estável a coabitação.

De acordo com os ensinamentos de Pereira (2012, p.18), a união estável em lato sensu nada mais é do que concubinato. Porém o legislador, na Constituição de 1988, devido ao grande preconceito em relação ao concubinato, utilizou a palavra união estável para aquelas pessoas que vivem sem vínculo matrimonial, e que não possuem este vínculo com outras pessoas, sendo pessoas desimpedidas:

Assim, a expressão “união estável”, adotada pela atual Constituição brasileira, veio substituir a expressão “concubinato”. Podemos dizer, então, que a união estável é o concubinato “não adúltero”. O “concubinato adúltero”, em razão do princípio jurídico da monogamia, não recebe a mesma proteção do “não adúltero”, como expressou o art. 1.727 do CC/2002. Os direitos decorrentes do concubinato como relação paralela ao casamento ou à união estável sempre encontravam respaldo na teoria da sociedade de fato, no campo do direito obrigacional.

Um problema que está crescendo em grande proporção em relação à união estável é como realizar a distinção do namoro, pois os namoros não são mais como antigamente. Os tribunais estão encontrando uma dificuldade em distinguir esses dois institutos, pois antes a distinção era feita pelo fato que os casais de namorados não mantinham relações sexuais e na união estável sim. Nos tempos contemporâneos as características do namoro transformaram, sendo aceito de forma habitual pela sociedade, ficando assim os juízes encarregados de fazer a distinção, conforme ensina Pereira (2012 p. 20):

### 2.3 Modalidades de famílias

O direito de família é ramo do direito privado, que sofre constantemente intervenção do Estado, por ter uma grande repercussão em toda órbita da sociedade, são, portanto normas cogentes, que mesmo sendo de direito privado devem seguir as imposições do Estado.

São duas as modalidades de famílias, as constitucionais e as não constitucionais. As constitucionais são aquelas disposta no texto constitucional, já as não constitucionais são as demais que não estão previstas na Constituição, assim ensina Coelho (2012, p.27):

As famílias constitucionais são as mencionadas na Constituição Federal (art.226). São três: a instituída pelo casamento, pela união estável do homem e da mulher e a família monoparental, isto é, a formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Já as famílias constitucionais são as demais, vale dizer, as não lembradas pelo constituinte. Nessa ampla categoria incluem-se, por exemplo, as derivadas de parcerias entre pessoas do mesmo sexo e as famílias não monogâmicas.

As famílias não constitucionais, por sua vez, vêm buscando ser amparadas pelos princípios aludidos pela própria Constituição. Um exemplo, é a utilização do princípio da analogia, em relação a vontade de constituir família, equiparando-se as uniões estáveis entre pessoas de sexos opostos, o Supremo Tribunal Federal no dia 5 de maio de 2011, nesse sentido julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4277, proposta pela Procuradoria-Geral da República, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132, apresentada pelo governador do estado do Rio de Janeiro.

### 2.4 A união estável

O casamento em meados dos anos 1960 era visto como um algo complexo, com muitas formalidades. Nessa época muitos jovens de classe econômica mais alta, passaram a constituir famílias sem que pactuassem um contrato de casamento, pois acreditavam que a essência para instituir família não se resumia em um papel. Com relação ao casamento e a união estável, Coelho (2012, p.140) ensina que:

Hoje, ele tem importância só psicológica, social e emocional. Quem opta por constituir família pelo matrimônio declara solenemente ao cônjuge (e ao

O conteúdo sexual de uma relação amorosa que até pouco tempo era caracterizador, ou descaracterizador de um instituto ou outro, não é mais determinante ou definidor deste ou daquele instituto. E, para confundir ainda mais, namorados às vezes têm filhos sem planejar, o que por si só não descaracteriza o namoro e o eleva à categoria de união estável. Nestas relações vê-se também uma grande diferença entre a forma de se ver ou nomear tal relação. É muito comum os homens enxergarem ou entenderem que se trata apenas de um namoro, enquanto as mulheres, talvez por serem mais comprometidas com o amor, o veem como união estável.

Esse ângulo de visão diferente do passado sobre a sexualidade, somado à falta de um delineamento mais preciso sobre o namoro e união estável, tem levado este amor às barras dos tribunais, para que o juiz diga se é uma coisa ou outra. Estas demandas aumentaram principalmente após o advento da Lei n. 9278/96, que acertadamente abriu o conceito de união estável, isto é, retirou o prazo de cinco anos estabelecidos na Lei n. 8.971/94.

É necessário destacar, que não há mais um tempo específico em lei, para caracterização da união estável, o que deve ser levado em questão, são os elementos típicos desse instituto, para que se possa concretizar uma união estável, como Pereira (2012, p.54-55) destaca:

Finalmente, é necessária uma certa continuidade, durabilidade da relação. Não há um prazo, com rigor absoluto, para determinar a partir de quando a relação se caracterizaria como união estável ou concubinato. Em alguns países, como já se mencionou anteriormente, é calculado em dez anos, outros em dois anos, dependendo da cultura e vários outros fatores. No Brasil, convencionou-se, por muito tempo, principalmente nos costumes, que o prazo seria de cinco anos. Provavelmente este entendimento está ligado à regra da Lei n. 6.515/77, antes das alterações da nova Constituição, onde havia necessidade de separação judicial. Por este ou aquele motivo, o certo é que se sedimentou este lapso de tempo, corroborado ainda pelas normas da Previdência Social, que sempre se referenciou em cinco anos para caracterizar a união estável para os efeitos de seus benefícios. Embora a jurisprudência após a CF/88 começasse a apontar uma outra direção em matéria de tempo para a caracterização do concubinato, a Lei n. 8971, de 29 de dezembro de 1994, definiu esse prazo em cinco anos, e, havendo prole, será menor. Na verdade, o que interessa sobre o tempo in casu é que ele caracterize a estabilidade da relação. Isto pode se definir com menos dois anos, por exemplo, ou mesmo não acontecer nem com mais de dez anos de relacionamento. Foi nesse sentido que a Lei n. 9.278, de 13 de maio de 1996, veio estabelecer que não há um prazo rígido para a caracterização da união estável. Revogado, portanto, o prazo de cinco anos estabelecido na lei anterior. Mesmo com essa revogação, o costume, já consagrado, servirá como referencial à caracterização dessas uniões, ou seja, o prazo de mais ou menos cinco anos será sempre um referencial, ainda que subjetivo, para a busca do delineamento objetivo de tais uniões. Mas tal prazo, como se disse, é apenas uma referencia, e não poderá ser jamais elemento determinante. É em adição a outros elementos, como affectio societatis, estabilidade, projetos de vida em comum, relação de dependência econômica, e a elementos que cada caso apresenta, que se caracterizará a união estável, a entidade familiar.

O grande marco da união estável foi a Constituição de 1988, pois antes essa matéria era tratada somente no Direito das Obrigações, passou então a ser regulamentada pelo Direito de Família, visualizando-a como um instituto familiar. Logo após a Constituição, veio a Lei 8.971/1994, que regulava o direito dos companheiros, de alimento e sucessões, a Lei 9.278/1996, regulando o parágrafo 3º, do artigo 226 da Constituição, retirando o prazo de 5 anos para caracterização da união estável, e por último, recentemente em 2011 o Supremo Tribunal Federal, regulamentou a união estável entre pessoas de mesmo sexo pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, e Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.277.

## **2.5 A união homoafetiva**

A homossexualidade vem acompanhando o mundo desde as primeiras civilizações. As primeiras concepções acerca da discriminação surgiram com os pensamentos do povo judaico da igreja católica, pois ambos acreditavam ter o homem a finalidade de procriação, discriminando o sexo para simples satisfação, pensamento este, que perdurou por toda idade média.

Os iluministas no século XV modificaram suas concepções, ridicularizando as leis existentes, entretanto não conseguiram causar qualquer impacto na sociedade, por eles mesmos não acreditarem fielmente nesta ideia. Surgiu então o capitalismo, onde a sociedade se tornou consumerista, e para isso era necessário à procriação para sobreviver neste meio, já que filho era igual a lucro.

No século XIX, aboliu-se a visão de que o homossexualismo seria pecado, e sim algo relacionado à doença. Logo depois, esta classe foi vítima, juntamente com judeus e ciganos, de um assassinato em um campo de concentração. Contudo, em 1993, a Organização Mundial de Saúde, desclassificou a homossexualidade como doença.

Não obstante tamanho preconceito, após a sociedade conseguir conquistar todos esses obstáculos, veio o preconceito por parte do Estado. A união entre pessoas do mesmo sexo, não era tida como entidade familiar, e sim uma simples sociedade de fato, não possuindo, contudo, um amparo devido na legislação brasileira.

Note que há um enorme descumprimento dos princípios constitucionais, que é o valor que a pessoa humana tem, e que deve ser garantido pelo nosso ordenamento jurídico,

por se tratar de um estado democrático de direito, como mostra Coelho (2012, p. 159), no que concerne ao desrespeito a esse princípio:

No direito brasileiro da atualidade, não há nada mais desrespeitoso ao princípio constitucional da dignidade humana que a ausência de disciplina legal da família constituída pela união de pessoas do mesmo sexo. Os homossexuais se sentem injustiçados, e com razão, porque não podem ter os mesmos direitos que os heterossexuais, em relação aos seus parceiros no vínculo de conjugalidade.

Um componente que compõe a base, a estrutura da união estável, é o “amor familiar”, sendo que este é composto pelos requisitos já supracitados, nos quais incluem o respeito mútuo, assistência moral e material, dentre outros, não se podendo ser diferenciada pela liberdade de escolha sexual do ser humano, como ensina Dias (2001, p.86):

Abstraindo-se o sexo dos conviventes, nenhuma diferença entre as relações homo e heterossexuais, pois existe uma semelhança no essencial, a identidade de motivos entre os dois casos. Ambos são vínculos que têm sua origem no afeto, havendo identidade de propósitos, qual seja a concretização do ideal de felicidade de cada um... A omissão legal não pode ensejar negativa de direitos à vínculos afetivos que não tenham a diferença do sexo como pressuposto. A dimensão metajurídica de respeito à dignidade humana impõe que se tem como protegidos pela Constituição relacionamentos afetivos independentemente da identificação do sexo do par: se formados por homens e mulheres ou só por mulheres ou só por homens.

O ordenamento jurídico, ainda possui uma grande deficiência em positivizar normas para regulamentar os aspectos derivados das uniões homoafetivas, devido à influência de conceitos preconceituosos antepassados, princípios religiosos, que permanecem nos dias contemporâneos. Segundo as palavras de Coelho (2012, p. 161), essas lacunas estão sendo amparadas pelas jurisprudências e o Supremo Tribunal Federal:

Enquanto o direito positivo brasileiro continuar ignorando as famílias fundadas por casais de mesmo sexo, cabe à jurisprudência a tarefa de não as deixar ao desamparo. No passado, quando a ordem positiva nacional proclamava indissolúvel o casamento, os Tribunais, atentos aos clamores da realidade social, construíram os instrumentos de proteção da união estável. Não foi um processo célere, nem indolor, mas os membros do Poder Judiciário que se sensibilizaram com a situação das inúmeras famílias fundadas pelos desquitados, então marginalizadas pela lei, estiveram à altura dos desafios daquele tempo. Deitando ao largo preconceitos, foram gradativamente amparando os direito da concubina e de seus filhos. Os desafios do tempo atual são semelhantes. Em termos gerais, deve-se aplicar

o regime jurídico da união estável às uniões nascidas de relacionamento entre pessoas do mesmo sexo.

Cabe ao direito regulamentar a vida em sociedade, à medida que, surge a necessidade de adaptação do direito nesse meio, que está em constante mudança. O direito não pode ser inerte. Como já ocorreram várias transformações, ainda vão ocorrer diversas demais, à medida que surgem peculiaridades na vida social.

### **3 PRINCÍPIOS E NORMAS NORTEADORES DA UNIÃO HOMOAFETIVA**

Os princípios dispostos em nossa Constituição Federal de 1988 asseguram aos casais homossexuais, os mesmos direitos conferidos a quaisquer outros casais heterossexuais. Contudo, mesmo no século XXI, existe ainda a necessidade de dar explicações à sociedade sobre esses relacionamentos, para que sejam assegurados a essa classe, sem qualquer distinção, os seus direitos, acabando assim com as discriminações.

#### **3.1 Dispositivos Regulamentadores**

Como menciona Pereira (2012), devido o crescente número de casais optarem pela união estável, é natural pensar que existe a necessidade da criação de leis para regulamentar este instituto, pois o direito nasce de acordo com as necessidades da sociedade. Com a Constituição de 1988 essa discussão ganhou uma maior repercussão ainda, passando a reconhecer as famílias não somente aquelas concebidas através do casamento, mas também por outras formas.

Diversos foram os projetos de leis que tramitaram no Congresso Nacional, destacando-se dois que se transformaram em leis, a Lei 8.971/94 que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, e a Lei n. 9.278/96 que regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

No casamento existe uma intervenção do Estado, em que são estabelecidas normas de convivência. Já as pessoas que adotam como meio as uniões estáveis para constituírem suas famílias, estas querem fugir da intervenção do Estado, desejando viver uma outra maneira de conjugalidade, longe dos parâmetros estabelecidos por lei. Se forem regulamentadas se igualarão ao casamento, perdendo a sua essência.

Não se pode confundir a falta de regulamentação com a proteção do Estado perante as uniões estáveis. Este instituto possui consequências jurídicas, mas pela sua característica de ser livre, não significa ter libertinagem, são livres apenas no modo de vivência entre os sujeitos participantes dessa relação. Equiparam-se, portanto, a esse instituto as uniões homoafetivas.

### 3.2 Princípios que amparam as uniões homoafetivas

Como não podem ficar as uniões homoafetivas sem a proteção do Estado, existem alguns princípios que edificam este modelo novo de união. Menciona-se como os primeiros princípios norteadores, os princípios básicos assegurados a todos seres humanos, os princípios que regem o direito de família, e em seguida nos princípios que resguardam as uniões entre pessoas de mesmo sexo. Segue o julgamento da ADI 4277, que fora relator o ministro Ayres Britto:

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.

O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.<sup>1</sup>

Caberá aos magistrados e doutrinadores analisarem as leis e os princípios com prudência e igualdade, para essa classe de pessoas que estão em minoria, não ficando à margem da discriminação e do preconceito, assegurando-lhes os direitos que a todos os seres humanos são conferidos.

<sup>1</sup> (STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341)

### **3.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana**

O artigo 1º inciso III da Constituição Federal dispõe como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana. Pode-se dizer que este é o princípio de maior relevância na esfera homoafetiva, pois é através dele que se pode concluir que não se admite torturas, massacres, e quaisquer outras formas de discriminações, conforme mostra Serejo (1999):

Com a mudança dos tempos, a efetivação dos direitos fundamentais, outros valores se levantaram. Entre nós, a Carta Política de 1988 representou a positivação das novas conquistas sociais. Em todas as relações pessoais, agora se sobressai a preocupação com a dignidade da pessoa humana, erigida como fundamento do Estado Democrático de Direito, logo no primeiro artigo da nossa Constituição (art.1º, III).

Esse princípio está ligado a diversas áreas para conferir ao ser humano o mínimo de dignidade para viver. Porque tratar os homossexuais de formas diferenciadas, sendo que todos somos iguais perante a lei, independentemente de sua orientação sexual, como ensina Abreu (2008, p. 102):

O princípio da dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, presentes no texto constitucional, são os valores fundantes do Estado Democrático de Direito. O princípio da dignidade da pessoa humana é o verdadeiro fundamento da República Brasileira, atraindo, com isso, o conteúdo de todos os direitos fundamentais. A dignidade humana não admite discriminações de quaisquer espécies, sendo é, pois um conceito amplo, possibilitando assim o desenvolvimento do cidadão em liberdade.

Embora não disciplinado em nosso ordenamento jurídico as uniões homoafetivas, podendo utilizar como pilar além de outros princípios, o da dignidade da pessoa humana, garantindo-lhes o básico para que possam viver sem discriminação assegurando a eles direito conferidos a qualquer outro ser humano.

### **3.2.2 Princípio da igualdade**

O art. 5º caput, e inciso I, da Constituição Federal, afirma que todas as pessoas são iguais perante a lei, sem nenhuma distinção, e o artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal dispõe que é vedado qualquer discriminação em virtude de sexo, cor, raça e nesta concepção, ninguém pode ser discriminado em função de sua preferência sexual.

De acordo com Fernandes (2004, p. 152) repudiar atos ou escolhas sexuais distancia o princípio da igualdade ou isonomia. Cada ser é livre para realizar suas escolhas desde que não firam os direitos de outrem, nesse sentido observa-se que essa classe minoritária não ofende qualquer direito de outra pessoa.

Proibir ou dificultar que algumas pessoas assumam e exerçam a sua sexualidade, atormentar ou constranger algumas pessoas por terem determinada orientação sexual, discriminando-as por causa disso, ou deixar de reconhecer ou conferir direitos a algumas pessoas no seu relacionamento afetivo com outras do mesmo sexo, é, afinal, e sem dúvida, abalar e descumprir o princípio da igualdade. Os homossexuais podem até ser diferentes, integrar um grupo minoritário, mas são iguais a todo ser humano, como seres humanos que são, e têm de ser tratados com igualdade, respeito em sua individualidade, no seu modo de ser e na sua dignidade.

Nos dizeres de Dias (2009, p.30), de nada adianta ficar esses princípios expostos somente em nosso ordenamento jurídico, no papel. Devem ser colocados em prática para que possa acabar com todas as formas de exclusões e discriminações ainda existentes em pleno século XX.

De nada adianta assegurar o respeito à Dignidade da Pessoa Humana e liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei (...) que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver segmentos alvos de exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo, ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático.

Um exemplo de afronta a esse princípio, são as restrições dos artigos 26,§3º da Constituição Federal, que dispõe que será reconhecida a união estável entre homem e mulher, e o artigo 1723 do Código Civil que dispõe também sobre o reconhecimento da união estável somente entre homem e mulher. Porém esse é um paradigma que está sendo quebrado com as decisões do Supremo Tribunal Federal, e com a repercussão deste tema.

### **3.2.3 Princípio da não discriminação por Orientação Sexual**

Esse princípio foi criado através da junção de dois artigos importantes em nossa Carta Magna de 1988, é a junção do artigo 1º, inciso III e artigo 5º, caput. De acordo com o artigo 1º, inciso III, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, como já visto, as pessoas têm o direito de não serem discriminadas, e adicionando o artigo 5º, caput, todos são

iguais perante a lei, independentemente de sexo, incluindo então a orientação sexual. Assim ensina Dias (2011, p. 81):

O enfoque atual da família volta-se muito mais à identificação do vínculo afetivo que aproxima seus integrantes do que a identidade sexual de seus membros. Admitir a existência de comunidades familiares que não se caracterizam pelo vínculo matrimonial é respeitar os valores constitucionais da democracia e a eficácia dos direitos fundamentais, pena de a Constituição ser concretizada de forma discriminatória e ofensiva a esses postulados. Por fim, com base no princípio da não discriminação por orientação sexual interligado a outros princípios constitucionais de suma importância, agiu o Supremo Tribunal Federal de forma justa e igualitária ao reconhecer mais uma espécie de família, contudo, sem ferir o equilíbrio do ordenamento jurídico brasileiro.

Não importa a opção sexual das pessoas, pois esse fator diz respeito somente àquela pessoa, não atingindo outrem. Não há a necessidade de explicar o porquê dessa situação, deve-se respeitar cada pessoa com a sua opção sexual, independentemente de aceitação, pois todos devem ter seus direitos assegurados de maneira uniforme.

#### **3.2.4 Princípio da liberdade**

O caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 garante a todos os brasileiros o direito de liberdade. Esse princípio viabiliza ao ser humano a realizar suas próprias atitudes, concretizando suas vontades podendo assim viver dignamente. Não é diferente quando se trata da opção sexual. De acordo com Silva (2011, p. 233), o conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. A liberdade consiste na possibilidade de coordenação dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.

A busca pela felicidade poderá ser concretizada através do princípio da liberdade, concedendo a pessoa a faculdade de fazer a opção necessária para satisfazer aos seus desejos, realizando assim suas vontades, no caso em tela, satisfazer seus desejos sexuais sem denegrir terceiros.

#### **3.2.5 Princípio da intimidade**

Esse princípio está previsto em nossa Constituição Federal, no artigo 5º, inciso X, que dispõe ser inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas,

assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Nesse sentido explica Silva (2011, p.208), sobre a intimidade, que é a vida interior, e a vida privada, vida exterior:

Não é fácil distinguir vida privada de intimidade. Aquela, em última análise, integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo. Mas a Constituição não considerou assim. Deu destaque ao conceito, para que seja mais abrangente, como conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida. Parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A vida interior que se debruça sobre a mesma pessoa, é a que integra o conceito de intimidade, inviolável nos termos da Constituição.

Esse princípio deve ser sempre respeitado independentemente de qualquer circunstancia, em um assunto tão minucioso, que é o direito de família que engloba as uniões entre pessoas de mesmo sexo. A homossexualidade diz respeito à intimidade da pessoa, não podendo permitir coibições e discriminações para com essas pessoas.

### **3.3 Reconhecimento do companheiro homoafetivo**

De acordo com o Ministro Ayres Britto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132, a família é a base que sustenta a sociedade, não se encaixando somente o padrão formal trago pela Constituição Federal de 1988, entretanto, encaixando-se também os modelos de famílias constituídas informalmente.

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 CF de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do STF 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.

O julgamento da ADI 4277, teve como relator o ministro Ayres Britto, que votou favorável, alegando que o artigo 1723 do Código Civil de 2002 não crie obstáculos, no concernente a união entre homem e mulher, para que seja reconhecida a união entre pessoas de mesmo sexo, dispõe PEREIRA (2012, p.216):

Embora não haja texto legislativo expresso reconhecendo as relações duradouras e estáveis entre pessoas do mesmo sexo, a jurisprudência, a mesma fonte do Direito que fez evoluir o direito concubinário heterossexual, tem feito o mesmo. A tendência, então, começando pelos referidos julgados, pelo STJ e chegando ao STF que, em 5 de maio de 2011, interpretou o art. 226 da CF/88, dando palavra final, através da referida ADI 4277/ADPF132, de que uniões homoafetivas constituem uma entidade familiar, com os mesmos direitos, deveres e consequências patrimoniais, previdenciária e hereditárias das uniões heterossexuais.

Existe uma grande polêmica em relação à separação dos poderes, em que se tem a concepção que o Supremo Tribunal Federal adentrou na esfera legislativa. Porém esse ponto deve ser relevado em razão do Supremo Tribunal Federal apenas assegurar a atividade que lhe é devida, resguardar a Constituição Federal, e em razão da inércia do poder Legislativo em face da regulamentação do direito homoafetivo.

## 4 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As famílias, como já fora visto, veio aos poucos cultivando novas formas e meios de existências. Neste contexto, as famílias deixaram de ter como fundamento o matrimônio, a procriação, e continuação com seus vínculos econômicos básicos, tornando por muito tempo um ciclo vicioso.

### 4.1 Constituições brasileiras

No ano de 1824 foi promulgada a primeira Constituição Federal no Brasil. Não havia muitas disposições sobre famílias, devido nesta época a igreja Católica exercer um grande poder de domínio nas relações patrimoniais, visando proteger os impérios e as riquezas que pertenciam às famílias.

A segunda Constituição adveio em 1891, entretanto, foi a primeira Constituição da República do Brasil. Neste intervalo de tempo, ocorreu a queda da Igreja Católica com detentora de poder do Estatal, sobreveio então a criação do casamento civil, não sendo mais válido apenas os casamentos realizados pela Igreja Católica, conforme ensina Diniz (2008, p.52):

Com o advento da República, o poder temporal foi separado do poder espiritual, e o casamento veio a perder seu caráter confessional; com o Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890, que instituiu o casamento civil em nosso país, no seu art. 108 não mais era atribuído qualquer valor jurídico ao matrimônio religioso. Uma circular do Ministério da Justiça, de 11 de junho de 1890, chegou a determinar que "nenhuma solenidade religiosa, ainda que sob a forma de sacramento do matrimônio, celebrada nos Estados Unidos do Brasil, constituiria, perante a lei civil, vínculo conjugal ou impedimento para livremente casarem com outra pessoa os que houverem daquela data em diante esse ou outro sacramento, enquanto não fosse celebrado o casamento civil". Houve até um decreto que estatuiu a precedência do casamento civil, punindo com 6 meses de prisão e multa correspondente à meta do tempo o ministro de qualquer religião que celebrasse cerimônia religiosa antes do ato nupcial civil.

A Constituição de 1934 abordou a família como sendo instituída pelo casamento indissolúvel, e passou a possuir proteção por parte do Estado. O casamento realizado no religioso passou a ter efeitos civis, sob forma de cumprir os requisitos dispostos em lei. Logo após adveio a Constituição de 1937 veio reafirmar os descritos acima, e assegurar o dever de

educação dos filhos e a possibilidade do auxílio do Estado, para melhor desempenho das funções. Em se tratando da Constituição de 1946, teve amparo na Constituição de 1934.

A Constituição de 1967, conforme aduz Diniz (2008, p. 53), teve a redação da Emenda Constitucional n.1/69 no art. 175, §§ 2º e 3º, manteve o casamento religioso com efeitos civis, e pela Emenda Constitucional n. 9/77 quebrou a indissolubilidade do matrimônio (art. 175, § 1º) prevendo sua dissolução nos casos previstos em lei.

Entre a Constituição de 1967 e 1969 várias jurisprudências passaram a reconhecer os efeitos jurídicos sobrepostos às uniões estáveis, começando a surgir uma nova forma de conduta da sociedade, em se tratando das questões de famílias. A Constituição de 1969 dispôs em seu artigo 175, parágrafo 1º, que o casamento somente poderia ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que houvesse prévia separação judicial por mais de três anos.

No ano de 1988 promulgou-se a Constituição Federativa da República do Brasil, onde se teve um verdadeiro paradigma com o Estado democrático de direito, onde trouxe disposições acerca da família constitucional. A família não seria mais somente aquela tradicional que cumpriria determinadas formalidades impostas pela sociedade, fato que se perdurou por muitos anos.

#### **4.2 Constituição de 1988**

Houve o reconhecimento de entidade familiar, quando formada por um de seus pais e seus descendentes, a mútua responsabilidade entre os cônjuges no âmbito da sociedade conjugal, sendo livres as formas de planejamento familiar, sendo disponibilizado pelo Estado recursos para torná-los possíveis, neste sentido Pereira (2012, p. 36) menciona:

A grande evolução histórica do concubinato no Brasil tem seu marco mais significativo na Constituição da República de 1988. Em síntese, o que era tratado exclusivamente no campo do Direito das Obrigações muda os rumos para o Direito de Família, inclusive, instalando a expressão união estável no lugar de concubinato. E, assim, as leis n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que regulava o direito dos companheiros a alimentos e a sucessões, e 9.278, de 13 de maio de 1996, regulamentando o §3º do art. 226, CF, e, por último, a incorporação ao texto do Código Civil de 2002 de um título sobre união estável consolida, de uma vez por todas, a compreensão dessa forma de família em nosso ordenamento jurídico. Em 5 de maio de 2001, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento das Ações do Controle Concentrado de Constitucionalidade (ADPF 132 e ADI 4.277), ampliou o conceito de união estável para estendê-lo às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Na década dos anos 90, a homossexualidade foi ganhando uma maior dimensão, dando surgimento a um vínculo entre pessoas de mesmo sexo, e não sendo amparado pela Constituição. Diante disso, houve a necessidade de adequar as normas jurídicas à sociedade. Primeiramente o direito dos casais homoafetivos eram tratados como ramo do Direito das Obrigações, conforme nos ensina Dias em seu artigo:

As uniões de pessoas com a mesma identidade sexual, ainda que sem lei, acabaram batendo às portas da Justiça para reivindicar direitos. O caminho que lhes foi imposto já é conhecido. As uniões homossexuais tiveram que trilhar o mesmo iter percorrido pelas uniões extramatrimoniais. Em face da resistência de ver a afetividade nas relações homossexuais, foram elas relegadas ao campo obrigacional e rotuladas de sociedades de fato dando ensejo à mera partilha dos bens amealhados durante o período de convívio. Logrando um dos sócios provar sua efetiva participação na aquisição de bens amealhados durante o período de convívio, era determinada a partição do patrimônio, operando-se verdadeira divisão de lucros.

Para entender o sentido de tratamento das uniões homoafetivas como ramo do direito das obrigações, o REsp 14897/MG 1997/0066124-5, que ocorreu no dia 10 de fevereiro de 1998, tendo como relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, abarcou em sua essência, a consideração de sociedade homoafetiva como sociedade de fato, regida pelo direito das obrigações, como transcrito:

Sociedade de fato. Homossexuais. Partilha do bem comum, o parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos no art. 1363 do Código Civil, responsabilidade civil. Dano moral. Assistência ao doente com AIDS. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com AIDS a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando o nexo de causalidade. Art. 159 doc. Civil, ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas, recurso conhecido em parte e provido.<sup>2</sup>

O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), dispositiva que em caso de omissão na lei, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, tal positivação é crucial para o desenvolvimento de um melhor

<sup>2</sup> (STJ - REsp: 148897 MG 1997/0066124-5, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 10/02/1998, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 06.04.1998 p. 132 LEXSTJ vol. 108 AGOSTO.1998 p. 235 RDR vol. 11 p. 382 REVFOR vol. 344 p. 313 REVFOR vol. 346 p. 253 RJTAMG vol. 69 p. 513 RSTJ vol. 110 p. 313 RT vol. 756 p. 117)

O artigo 3º da Constituição Federal de 1988, descreve que o objetivo do Estado é promover o bem, sem distinções de quaisquer espécies, bem como a construção de uma sociedade livre sem discriminações, conforme ensina Pereira (2012, p. 209):

É preciso que o Direito esteja acima dos conceitos estigmatizantes, porque das relações de afeto, e não dar a cada um o que é seu foge aos ideais de justiça. Interessa, ao Direito então, saber se as relações homossexuais duradouras, contínuas e estáveis, constituem uma entidade familiar, independente do nome união estável nos moldes da união heterossexual. Estabelece o artigo 3º da Constituição Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Logo, não se pode fazer qualquer discriminação no tocante às relações sociais e familiares, sob pena de desrespeito à Carta Política.

Haja vista, ocorreu uma mudança repercussiva em face da sociedade. O artigo 226 dispõe que a família será à base de toda a sociedade e terá proteção do Estado. Consequente em seus parágrafos estabelece ter efeito civil o casamento religioso, desde atente as prescrições legais, e reconhece a união estável como ente familiar, desde que formada por homem e mulher, devendo a lei facilitar a conversão em casamento.

O artigo 226, em seu §3º, da Constituição Federal, não pode ser analisado de forma individual, pois acima de todas as normas que compreendem nosso ordenamento jurídico estão os direitos fundamentais pertencentes a todos os seres humanos. A partir desta concepção este artigo se equívoca ao tratar somente das uniões entre pessoas de sexos diferentes. Neste sentido discorre Oliveira (2011, p.13) sobre o método eficaz para saciar tal problema:

O Brasil vem avançando na conquista dos direitos dos homossexuais. Contudo, isso não ocorre pela implementação de políticas públicas bem sucedidas ou por leis que garantam o exercício de direitos básicos para qualquer cidadão. Tais conquistas são obtidas pelo engajamento e a mobilização de milhões de pessoas em todo país que lutam no dia a dia para fazer valer os direitos fundamentais a todos outorgados pela Constituição Federal, independentemente, da sexualidade escolhida para viver sua intimidade.

Esta conquista somente ocorrerá quando as pessoas se unirem e deixarem de lado quaisquer meios de discriminações, cobrando do Estado, legalizações e inserções na sociedade para que haja maior aceitação, por meio das políticas públicas.

#### 4.3 Lei n. 8.971/94 e 9.278/96

A Lei n. 8.971/94 regula o direito dos companheiros, a alimentos e à sucessão, ao passo que, a lei n. 9.278/1996 veio regulamentar o artigo 226 da Constituição Federal, com intuito de formar uma espécie de Estatuto das uniões estáveis. Trouxe consigo uma determinação sobre como se daria a união estável, conforme ensina Pereira (2012, p. 144):

A Lei n. 8.971/94 preceituava que somente os solteiros, viúvos, separados judicialmente ou divorciados estariam sob sua égide. A Lei n. 9.278/96 não estabeleceu tais requisitos, deixando margem ao entendimento de que até mesmo pessoas casadas receberiam sua proteção. Entretanto, quando essa lei apropria-se de conceitos como entidade familiar e união estável, está se referindo ao conceito de família. Repelidas, portanto, as uniões adulterinas e incestuosas, que não recebem do Estado o selo de oficialidade. Para manter a coerência e a ordem jurídica, os sujeitos da união estável devem ser desimpedidos e se estabelecer monogamicamente. Caso contrário, estar-se-ia admitindo a poligamia em nosso ordenamento jurídico.

Com relação à sucessão, segundo Lôbo (2014), houve várias modificações, e as regras da sucessão legítima do companheiro sobrevivente, nas sucessões abertas entre 30 de dezembro de 1994, que fora a data de publicação da Lei n. 8.971/94 e até a data da entrada em vigor do Código Civil, 11 de janeiro de 2013, obedecia às regras da Lei n. 8.971/94.

Com o advento da Lei n. 8.971/94, os companheiros passaram a participar da sucessão, caso ocupassem as seguintes condições que estão dispostas no artigo 2º, em que caso o companheiro sobrevivente não constituísse nova união, teria direito ao usufruto de quarta parte dos bens, caso houvesse filhos em comum; a segunda hipótese dava ao companheiro sobrevivente o direito, caso não constituísse nova união, à usufruir da metade dos bens, se não possuísem filhos, caso sobreviva ascendentes, na terceira hipótese caso não tivesse descendentes e nem ascendentes o companheiro teria direito à totalidade da herança. O artigo 3º refere aos bens que foram construídos por ambos os companheiros, dando direito ao sobrevivente à metade dos bens.

Para as sucessões abertas a partir do dia 30 de dezembro de 1994 até o início da vigência da Lei n. 9.278, de 1996, o STJ decidiu que caso houvesse esforço de ambos para construção dos bens, deveria ser utilizado o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Lôbo (2014) dispõe sobre a importância da Lei n. 9.278/1996:

A Lei n. 9.278, de 1996, introduziu dois importantes direitos ao companheiro, com reflexos nas sucessões abertas após 13 de maio de 1996 (início da vigência da lei):

- a) a meação passou a ser a regra, em relação aos bens adquiridos de modo oneroso (excetuando as liberalidades e a aquisição por herança), cuja participação ou colaboração comum foram legalmente presumidas, sem necessidade de se fazer prova nesse sentido;
- b) foi garantido ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à moradia da família.

Fora de grande importância tais leis para regulamentar no que tange as uniões estáveis, e seus aspectos no ramo do direito sucessório, para melhor assegurar direitos aos companheiros que haviam sendo banalizados pela legislação brasileira.

#### 4.4 Código Civil de 2002

São vários os artigos que fazem menção quanto às uniões formadas por apenas homens e mulheres. O artigo 1514 dispõe que o casamento se realizará no momento em que o homem e a mulher manifestarem vontade, o 1517, refere-se à capacidade para casar, novamente o artigo 1565 faz menção quanto a qualidade de consortes.

No Código Civil a união estável está disposta nos artigos 1723 a 1727, na qual se assemelha como o casamento civil. Como na Constituição Federal, o artigo 1723 confirma que a união será constituída por homem e mulher, excluindo as pessoas que convivem com pessoas de mesmo sexo, desta modalidade de família.

Com relação ao direito real de habitação, a Lei n. 9.278/1996, assegurou ao companheiro sobrevivente o direito de habitar no imóvel destinado à moradia da família, e com o advento do Código Civil, não houve mudança, conforme dispõe Lôbo (2014, p. 145):

Com o advento do Código Civil, implantou-se a dúvida da sobrevivência do direito real de habitação para o companheiro, pois apenas refere ao cônjuge. Entendemos que não houve revogação expressa ou implícita da Lei n. 9.278, nesse ponto, pois o Código Civil, no art. 1.831, ao explicitar o direito do cônjuge não o fez de modo exclusivo. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 2º, estabelece que a lei posterior revoga a anterior quando seja com ela incompatível, ou quando estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes. Nenhum desses requisitos se apresenta. Não há incompatibilidade, pois o Código Civil trata do direito real de habitação do cônjuge, mas não exclui o do companheiro. O Código Civil não regulou toda a matéria relativa ao direito real de habitação, pois o art. 1.831 é desdobramento do art. 1.830, quanto ao direito sucessório do cônjuge. O Código Civil estabeleceu disposição especial a par da já existente (Lei n. 9.278), convivendo harmonicamente ambas as normas, sem conflitos, pois conferem direitos subjetivos distintos a distintos titulares. Acresça-se que, se dúvida houvesse quanto à persistência do direito do companheiro, a

resposta positiva seria iluminada pelo princípio da igualdade entre entidades familiares e dos respectivos integrantes, garantido pela Constituição.

A sucessão dos companheiros está disposta no artigo 1790 do Código Civil. Neste artigo o companheiro somente participará da sucessão caso tenha bens em comum com o falecido, excluindo os bens particulares da sucessão. Se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho, levando em consideração a totalidade da herança. Se possuir filhos apenas do falecido, terá direito à metade da quota de cada filho. Caso concorra com qualquer outro parente sucessível, terá direito a um terço da herança, se não houver nenhum parente, terá direito a totalidade da herança.

Com relação à equiparação das relações homoafetivas com as heterossexuais Lôbo sintetiza (2014, p. 153), em consonância com o STJ que deve sim equipará-las, dando total resguarde e amparo para as relações homoafetivas, pois não se pode ter distinção:

Por força da decisão do STF, os direitos sucessórios do companheiro em união estável homossexual ou homoafetiva são em tudo equiparados à união heterossexual. Por tal conduto, de acordo com o entendimento que esposamos de serem equiparados os direitos sucessórios do companheiro aos do cônjuge, os companheiros da união homoafetiva tem, conseqüentemente, os mesmos direitos que a legislação brasileira atribui ao cônjuge sobrevivente. Se não tiverem celebrado contrato escrito de regime de bens, antes ou durante a união estável, prevalece o regime de comunhão parcial, aplicando-se-lhes as mesmas regras da sucessão do cônjuge quando concorrerem com os descendentes ou ascendentes e da ordem de vocação hereditária.

Não há que se ter discussão acerca da garantia devida aos casais homossexuais, em relação às demais formas de instituição de família, devendo todos ter seus direitos resguardados e tratados de formas isonômicas pela sociedade.

#### **4.5 ADI 4277 e ADPF 132**

Essas duas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal foi de grande importância para o conhecimento das uniões homoafetivas. Foram chamadas, para julgamento em conjunto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, sendo julgadas procedentes as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, conforme nos mostra o teor de sua ementa:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO: RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS, ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 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 SÓCIO-CULTURAL 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 locus 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.

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. 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-equivalência 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".

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que 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. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de

“interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.<sup>3</sup>

Este foi um passo extraordinário, advindo de grandes discussões, para que se fosse possível chegar ao menos até aqui. O poder judiciário teve grande êxito em julgar esta ADI e a ADPF, pois por muitos anos perduram esta omissão do legislativo, que deixa de trazer uma regulamentação para este tipo de família.

---

<sup>3</sup> ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212

## 5 REFLEXOS PATRIMONIAIS NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

O Código Civil de 2002 veio dar ênfase o que já estava disciplinando nas leis 8.971/1994 e 9.278/96, assim como a jurisprudência e doutrina. Passou a tratar expressamente que a união estável, em se tratando do patrimônio, seria regida pela comunhão parcial de bens, não fazendo necessário demonstrar o esforço comum, neste passo tornou-se bem mais semelhante com o instituto do casamento.

Devido as uniões homoafetivas estarem ganhando um espaço novo na sociedade, a legislação brasileira não consegue ainda abarcar todas as esferas desse instituto, porém o que vem suprimindo estas lacunas são as jurisprudências e a doutrina. Estará recebendo como amparo as uniões estáveis entre pessoas de sexo oposto, conforme mostra Coelho (2012, pp.159-160):

Em outros termos, a falta de disciplina na lei dos direitos patrimoniais titulados pelos membros da parceria homossexual representa uma séria dificuldade, mas que pode ser contornada. A dos direitos extrapatrimoniais, não há como superar por negócios jurídicos celebrados pelas partes diretamente interessadas. Mas é só uma questão de tempo. Cedo ou tarde, o direito brasileiro tratará do assunto, para conceder à união entre pessoas do mesmo sexo os principais efeitos que atualmente reconhece para a união estável. Em várias partes do mundo, a tendência tem sido a adoção, pela ordem jurídica, de uma solução intermediária, a meio passo entre, de um lado, a admissibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo e, de outro, a desconsideração pela lei da realidade dos enlaces homossexuais. Falo da união civil, que vem sendo incorporada a diversos ordenamentos jurídicos.

De acordo com a ADI 4277/ ADPF 132, na qual fora relator, o Ministro Ayres Britto, a união homoafetiva deve ser sim reconhecida como entidade familiar, e que o artigo 1723 do CC, deve ser interpretado de acordo com a Constituição Federal de 1988, que é a nossa Carta magna:

[...] 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. (...) INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.<sup>4</sup>

O direito de família é muito mais que normas, é uma esfera do direito que envolve o sentimento das pessoas, então para que distinguir os sexos se as finalidades são as mesmas, no qual ensejam a construção de uma entidade familiar, com anseios e desejos em comuns, de acordo com Pereira (2012, pp. 205-204) são necessárias duas questões essenciais para compreender o novo sistema jurídico acerca das famílias:

[...] A primeira é: qual o limite de intervenção do Estado sobre questões tão íntimas e particulares como aquelas que são os ingredientes para Direito de Família? Será que o Estado não estaria intervindo em excesso na vida privada do cidadão ao estabelecer qual a forma constituída de família a gozar de amparo e proteção jurídica? Qual o interesse estatal em desvendar um culpado pelo fim do casamento? Poderia o Estado regulamentar detalhadamente as relações afetivas daquelas pessoas que optam por viver uma relação amorosa sem o selo da oficialidade do casamento? Segunda questão: não se pode mais desconsiderar que a objetividade dos atos e fatos jurídicos é permeada por uma subjetividade que interfere e determina o mundo jurídico, particularmente o Direito de Família, que pode ser considerado como a (tentativa de) regulamentação das relações de afeto e as consequências daí decorrentes. A consideração dessa subjetividade advém da revelação, por Freud, da existência do inconsciente e de que, portanto, não é somente o sujeito consciente que pratica atos jurídicos, faz e desfaz negócios. Há também o sujeito inconsciente, que é, repita-se, determinante nas relações jurídicas.

<sup>4</sup>STF - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001

Da mesma forma que ocorreu diversas formas de discriminações acerca das pessoas que viviam em união estável, as pessoas que optam por viverem com pessoas de mesmo sexo, também sofrem, mas com muito mais intensidade. Porém a legislação tem um papel importante para ajudar a quebrar este paradigma, e é ela que tem que tomar as providências cabíveis.

O artigo 1.725 expressa que na união estável, aplicar-se-á o regime da comunhão parcial de bens, se nada estiver escrito, porém eles também têm o direito de por escrito pactuarem o regime de bens que pretendem realizar, considerando que eles possuem as mesmas finalidades que possui o casamento.

Com o advento do Código Civil de 2002, o que mais teve mudança, foi a questão da sucessão na união estável. O artigo 1.790, CC, dispõe sobre a forma que será a posição do companheiro na sucessão. Participaram da sucessão quanto aos bens adquiridos onerosamente, na constância da união. Se concorrerem com descendentes comuns, receberão a mesma parte que estes receberam, porém se houver descendentes do falecido, receberá o companheiro a metade do que couber a cada um deles.

O direito sucessório trouxe diversos pontos controversos, dando algumas vezes vantagens aos companheiros, e outras vezes vantagens aos cônjuges, não criando um equilíbrio com relação a esses dois institutos, Coelho (2012, p.283) traz como ocorre esse desequilíbrio:

O desequilíbrio no tratamento dos direitos sucessório se inverte, porém, quando o falecido deixa descendentes exclusivos, se comparada a hipótese à do cônjuge com direito à concorrência (isto é, o casado segundo os regimes de separação facultativa ou de participação final nos aquestos). Nesse caso, o companheiro recebe a metade do que receberia o cônjuge na mesma situação. Também se desequilibra a equação e desfavor do companheiro, no caso de o cônjuge com direito à concorrência ter descendentes comuns em número igual ou superior a quatro. Aqui, como visto, assegura-se ao cônjuge a quarta parte da herança, como a quota correspondente ao seu direito sucessório. Mas o companheiro, na mesma situação, não teria direito a uma porção mínima do patrimônio objeto de sucessão, concorrendo sempre por cabeça.

Se na sucessão houver descendentes do falecido, o companheiro herdará sempre um terço da herança, ao passo que, o cônjuge terá um terço quando estiverem vivos pai e mãe do falecido, e a metade da herança quando somente um deles estiver vivo, ou se tiver avós, bisavós.

O cônjuge será o único sucessor, caso não haja descendentes ou ascendentes do falecido, porém o companheiro só será o único sucessor, e terá a totalidade da herança, quando não existir nenhum parente disposto à sucessão, incluindo os colaterais até o quarto grau.

Em relação ao direito real de habitação, tanto o cônjuge quanto o companheiro terão esse direito resguardado. Mesmo que existam outros imóveis ou não, terão o direito de usar o imóvel que era destinado à moradia da família, quando ao tempo da abertura da sucessão, residiam neste local. Podem-se excluir os descendentes ou ascendentes que a época da abertura da sucessão não residiam neste local.

Segundo Dias (2009, p.192) cabe ao direito regulamentar a vida em sociedade, pois a sociedade está em mutação constantemente e o direito tem que acompanhá-la, dando um respaldo legal, para que esse fato não fique sem os seus direitos:

[...] O direito deve acompanhar o momento social. Como sempre, em uma perspectiva histórica, o fato social antecipa-se ao jurídico e a jurisprudência antecede à lei. Assim, durante um espaço de tempo, a justiça acaba decidindo contra a lei. Mesmo que não se aceite a existência de uma família para se lhe aplicar a legislação a ela referente, imperioso reconhecer ao menos que há um interesse merecedor de proteção. A omissão do legislador não deve servir de obstáculo à outorga de direitos e imposição de obrigações às uniões do mesmo sexo.

O Brasil é um país Federativo, que tem como base a construção de uma sociedade livre e justa, por mais recente que seja esse fato, o direito tem o papel fundamental de exigir leis para completar tais lacunas, isso em função de princípios constitucionais que são a base de todas as leis, que são o princípio da igualdade, devendo igualar as uniões estáveis entre pessoas de sexo oposto às uniões homoafetivas, e o princípio da dignidade humana, que cada pessoa tem o seu valor e deve ser respeitado.

### **5.1 Os regimes de bens no direito brasileiro**

É necessário que se compreenda o instituto do regime de bens dispostos em nosso ordenamento jurídico, para analisar os seus efeitos nas uniões homoafetivas. O regime patrimonial das uniões deverá ser realizado de forma escrita, e poderá nele disciplinar questões pessoais e patrimoniais. Sua eficácia será, em regra, restrita aos nubentes.

A fixação do regime de bens poderá ocorrer de três formas. A primeira forma ocorrerá quando a legislação tornar obrigatório para aquele caso específico, como no caso do

artigo 1641 do Código Civil, em que os maiores de 70 anos necessitam de autorização judicial. Na segunda forma, será determinado o regime da comunhão parcial de bens quando as partes não se manifestarem, este também é conhecido como regime legal ou regime de comunhão de aquestos. Por fim, o regime será aplicado de acordo com o que as partes expressarem, ou seja, vontade livre das partes, que ocorrerá através do pacto antenupcial para o casamento, ou contrato escrito na união estável.

Em relação à classificação dos regimes de bens, de acordo com Coelho (2012, p.79) eles podem ser híbridos – cada cônjuge tem seu patrimônio distinguido em comum e particular, e simples – que não distinguem partes nos patrimônios dos cônjuges:

Classificam-se os regimes em simples e híbridos. Na primeira classe estão os regimes em que não cabe distinguir partes no patrimônio do cônjuge. São simples os regimes de comunhão universal e separação absoluta, porque naquela, o cônjuge só titula o patrimônio comum (tudo é dos dois), enquanto nesta, só o particular (nada é dos dois). Na classe dos regimes híbridos, cada cônjuge pode ter o seu patrimônio distinguido em particular e comum. Nela enquadram-se os regimes da comunhão parcial e da participação final nos aquestos. Essa classificação, contudo, é um tanto imprecisa, reclamando duas observações para conferir-lhe maior consistência. Primeira, porque sempre há uma margem mínima de incomunicabilidade dos bens, mesmo no regime da comunhão universal, a classificação deve ser considerada como mera referência geral do assunto; uma introdução que auxilia didaticamente seu enfrentamento. Segunda, não há, propriamente, segregação patrimonial no casamento – a não ser em algumas hipóteses de responsabilização por dívidas anteriormente constituídas. Cada cônjuge continua titulando um único patrimônio, podendo, no entanto, nele se encontrarem bens que lhe pertencem com exclusividade e bens cuja titularidade é dividida com o outro consorte.

Porém, independentemente do regime de bens adotado, há uma solidariedade entre os cônjuges, como no caso em que um dos cônjuges contraia uma dívida, mesmo sem a anuência do outro, em se tratando de dívida necessária à economia doméstica. Outra peculiaridade é que, caso um dos cônjuges ficar impossibilitado de administrar os bens, independentemente da razão, o outro cônjuge ficará responsável à administração desses bens. Deve-se, contudo, analisar todos os tipos de regimes para que se possa distinguir uns dos outros, e compreender com facilidade os adotados pelas uniões homoafetivas.

### **5.1.1 Comunhão universal de bens**

Este regime foi considerado pela legislação brasileira como regime legal até 1977. No atual Código Civil, está expresso no artigo 1667 e seguintes, que neste regime existe a

comunicação de todos os bens dos cônjuges, sejam eles anteriores ou posteriores, salvo as exceções do artigo 1667 do Código Civil, nas quais são bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade; os bens gravados em fideicomisso; as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; os bens íntimos e profissionais; os proventos salariais ou de natureza previdenciária. Entretanto, a incomunicabilidade desses bens não se estendem aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento.

O artigo 1.829 do CC traz o rol de ordem da sucessão legítima, e em seu inciso I, exclui desta ordem o cônjuge que sobreviveu que fora casado com o falecido pelo regime da comunhão universal de bens. De primeira instância, nota ser injusto ao cônjuge sobrevivente, porém, não é. O cônjuge sobrevivente, ele não herda, mas é meeiro de todo o patrimônio do cônjuge falecido, então, antes mesmo da partilha, retirará a metade do patrimônio. Ele é meeiro, mas não herda nem bens particulares, nem bens comuns.

### **5.1.2 Comunhão parcial de bens**

Este regime é o reconhecido como legal no ordenamento brasileiro, ou seja, caso não seja pactuado entre as partes, este regime que irá reger as relações patrimoniais, que está previsto no artigo 1658 do Código Civil.

Neste regime os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam, de acordo com o artigo 1640 do Código Civil. Antes do casamento existe o patrimônio de um cônjuge e o patrimônio do outro cônjuge, sendo estes particulares, e logo após o matrimônio o patrimônio se torna comum.

Na comunhão parcial de bens, mesmo sendo depois da formação da união comunicável os bens do casal, ainda existem algumas exceções elencadas no atual Código Civil, em relação aos bens adquiridos posteriormente à constituição da sociedade conjugal, que seguem abaixo.

Excluem-se, os bens que não se comunicam na comunhão universal de bens; os bens recebidos em doação ou por sucessão, disposto no art. 1.6959, inciso I, do CC; os bens sub-rogados, art. 1.659, inciso II, CC; as obrigações anteriores ao casamento, art. 1.659, inciso III, CC; as obrigações provenientes de ato ilícito, art. 1.659, inciso IV, CC; neste sentido aduz Coelho (2012, p. 94):

Em suma, no regime de comunhão parcial, pode-se distinguir, de um lado, o patrimônio particular de cada cônjuge (composto pelos bens adquiridos antes do casamento, recebidos por doação, os proventos do trabalho pessoal, as obrigações passivas constituídas anteriormente ao matrimônio etc.) e o comum (adquiridos após o casamento, benfeitorias nos particulares, obrigações passivas em proveito da família etc.) Aquele é administrado exclusivamente pelo cônjuge que o titula, que tem inclusive o direito de dele dispor a qualquer tempo (se for imóvel e o outro cônjuge recusar a autorização, caberá o suprimento) e apenas sobre ele recaem as dívidas contraídas para a respectiva administração (CC, arts. 1.665 e 1666).

De acordo com o artigo 1.663, do Código Civil, será competente para qualquer um dos cônjuges, administrar os bens do casal, entretanto, caso haja impossibilidade, determinação legal, ou acordo expresso, apenas um deles, com consentimento do outro, irá administrar o patrimônio comum, devendo sempre agir de boa-fé e tomar todas as diligências necessárias.

Em relação à sucessão, o cônjuge tem direito a meação dos bens comuns, adquiridos na constância do casamento, herda bens particulares, em concurso com os descendentes, mas não herda bens comuns, positivado no artigo 1829 do CC. Ocorre que a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ – no dia 15.10.2013, com relatoria da Min. Fátima Nancy Andrichi, julgou o Recurso Especial n. 1.377.084 – MG:

[...] Inventário distribuído em 24/01/2006, do qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 27/05/2013. 2. Cinge-se a controvérsia a definir se o cônjuge supérstite, casado com o falecido pelo regime da comunhão parcial de bens, concorre com os descendentes dele na partilha dos bens particulares. 3. No regime da comunhão parcial, os bens exclusivos de um cônjuge não são partilhados com o outro no divórcio e, pela mesma razão, não o devem ser após a sua morte, sob pena de infringir o que ficou acordado entre os nubentes no momento em que decidiram se unir em matrimônio. Acaso a vontade deles seja a de compartilhar todo o seu patrimônio, a partir do casamento, assim devem instituir em pacto antenupcial. 4. O fato de o cônjuge não concorrer com os descendentes na partilha dos bens particulares do de cujus não exclui a possibilidade de qualquer dos consortes, em vida, dispor desses bens por testamento, desde que respeitada a legítima, reservando-os ou parte deles ao sobrevivente, a fim de resguardá-lo acaso venha a antes dele falecer. 5. Se o espírito das mudanças operadas no CC/02 foi evitar que um cônjuge fique ao desamparo com a morte do outro, essa celeuma não se resolve simplesmente atribuindo-lhe participação na partilha apenas dos bens particulares, quando houver, porque podem eles ser insignificantes, se comparados aos bens comuns existentes e amealhados durante toda a vida conjugal. 6. Mais justo e consentâneo com a preocupação do legislador é permitir que o sobrevivente herde, em concorrência com os descendentes, a parte do patrimônio que ele próprio construiu com o falecido, não lhe tocando qualquer fração daqueles outros bens que, no exercício da autonomia da vontade, optou - seja

por não ter elegido regime diverso do legal, seja pela celebração do pacto antenupcial - por manter incomunicáveis, excluindo-os expressamente da comunhão. 7. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.<sup>5</sup>

A outorga uxória é a autorização concedida por um dos cônjuges ao outro, para prática de determinados atos. Será necessária a outorga uxória para realizar os atos disposto no artigo 1.647 do CC, que são alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis, prestar fiança ou aval, pleitear como autor ou réu questões desses bens ou direitos, e doar bens comuns ou que possam integrar futura meação, com exceção a doação remuneratória, e o § 2º do art. 1.663, CC, para praticar atos que impliquem cessão de uso ou de gozo dos bens comuns, a título gratuito, como no caso do comodato.

### 5.1.3 Participação final nos aquestos

Este é um regime novo no direito brasileiro, é um regime híbrido que divide os patrimônios em particular e comum. Porém diverso da comunhão parcial, em que os bens se tornam comuns a partir do casamento, neste regime se comunicarão somente os bens adquiridos na constância do casamento em que ambos se esforçaram para conseguir.

A interpretação deste regime não deve igualar ao regime da separação absoluta, nem, tampouco, a comunhão de bens. Este regime é como se fosse um meio termo, e tem suas peculiaridades diversas desses dois regimes, que é o que difere dentre os demais regimes, conforme Patiño (2008, p.80), em relação aos patrimônios:

Três patrimônios devem ser considerados: (i) o da mulher, formado por bens adquiridos antes e durante o matrimônio, a qualquer título, que não se comunicam; (ii) o do marido, formado da mesma maneira; e (iii) o patrimônio apurado no momento da dissolução do casamento, que compreende os bens adquiridos na constância do matrimônio a título oneroso. Os cônjuges são meeiros neste último patrimônio, por conter bens de cada um dos primeiros, somente pode se formar após a dissolução do casamento.

Os bens adquiridos na constância do casamento serão acrescidos aos patrimônios próprios, e com a dissolução da união, serão separados os bens adquiridos posteriormente à união para formar um patrimônio comum, que será somente este partilhado pelo casal, Coelho (2012, pp. 95-94), traz um exemplo para que se possa entender de forma clara:

<sup>5</sup>STJ - REsp: 1377084 MG 2013/0083914-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 08/10/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe15/10/2013

Para exemplificar, imagine que duas pessoas se casam no regime de participação final dos aquestos. No dia anterior ao casamento, ele tem em seu patrimônio um apartamento, dois terrenos e um barco; e ela uma casa de praia, ações de uma sociedade anônima e obras de arte. Casados, esses bens não se comunicam, continuando a pertencer a cada cônjuge. O casamento dura oito anos, ao longo dos quais, ele herdou fração ideal de uma mansão e comprou mais três terrenos. Ela, por sua vez, vendeu a casa de praia e comprou outra maior, além de ter adquirido também alguns conjuntos de escritório. Ao término da sociedade conjugal, todos os bens que foram acrescidos ao patrimônio de cada cônjuge durante sua existência (gratuita ou onerosamente; alguns por sucessão, outros por sub-rogação) continuam a pertencer ao respectivo titular, não se comunicando. Imagine, agora, que ele e ela no terceiro ano de casados, juntaram as economias e adquiriram uma casa na cidade, onde fixaram o domicílio conjugal. No quarto ano, com dinheiro dos dois arremataram, num concorrido leilão, a tela de um afamado pintor. Esses bens, porque foram comprados com o esforço comum, pertencem aos dois, ainda que o imóvel esteja registrado no nome de um dos cônjuges somente e a nota fiscal da venda da obra de arte identifique apenas um deles como adquirente. Ele e ela titulam, por isso, a meação desta casa e pintura.

De acordo com o artigo 1.685 do Código Civil, em relação à sucessão, com o fim da união, a partilha de bem, dependerá do cálculo para apuração dos valores dos aquestos, verificará a meação do cônjuge sobrevivente, estabelecendo a herança dos herdeiros estabelecidos em lei.

#### **5.1.4 Separação absoluta de bens**

É conhecido também este regime como separação convencional de bens, neste regime, os cônjuges conservam os seus patrimônios particulares, que são aqueles adquiridos antes da constância do casamento, e os bens adquiridos após o casamento não se comunicam, de acordo com o artigo 1.687, CC.

De acordo com Patiño (2008, p. 85) “todos os bens presentes e futuros são incommunicáveis, tendo os cônjuges autonomia plena de administração, não necessitando de vênua conjugal para nenhum ato, nem mesmo alienar bens imóveis”.

Não haverá nenhuma comunicação dos bens dos cônjuges, porém, verifica-se que, em relação às despesas do casal haverá uma comunicação, para que se possa entender melhor, Coelho (2012, pp. 99-100) destaca a diferença com os outros modelos de regimes.

Perceba a diferença entre os direitos do cônjuge relativamente aos seus bens, no regime de separação, e os referentes aos de seu patrimônio particular, nos

regimes híbridos da comunhão parcial e da participação final nos aquestos. Em qualquer desses regimes, a administração de tais bens é exclusiva do cônjuge que o titula. Ele pode, independentemente de consulta ou anuência do consorte, explorá-los economicamente ou deixá-los sem produzir quaisquer frutos. No tocante à disponibilização, também ela é titulada com exclusividade pelo cônjuge a quem pertence o bem. Mas, enquanto no regime da separação absoluta, a outorga uxória ou autorização marital nunca é necessária para a alienação ou oneração de bens, nos regimes híbridos, é indispensável quando disser respeito a imóveis ou doação. A diferença reside, então, precisamente nesse ponto: o casado no regime de separação pode dispor dos seus bens livremente, independentemente de eventuais efeitos indiretos que o ato ocasione na economia do casal. Quem, no entanto, se casa num dos regimes híbridos (comunhão parcial ou participação final nos aquestos) apenas pode dispor dos seus bens particulares se isso não agravar, indiretamente, a condição econômica do outro cônjuge. Noutros termos, se a disponibilização não puder agravá-la, o interessado na venda de bens particulares conseguirá o suprimento judicial da autorização; mas não a obterá se houver risco de agravo.

Em determinadas circunstâncias é obrigatório a utilização deste regime, a lei veda a livre escolha dos cônjuges ao estipularem o modo que querem exercer suas relações patrimoniais, como assim mostra Coelho (2012, p. 100):

Em determinadas hipóteses, o regime de separação absoluta é obrigatória. A lei, nelas, não deixa a livre escolha dos cônjuges as estipulações atinentes à eficácia patrimonial do matrimônio. Por considerar que essa liberdade pode prejudicar direitos de terceiros ou que os cônjuges podem não se encontrar em condições de tomar a decisão acertada, a lei neutraliza qualquer efeito do casamento no âmbito patrimonial.

Dentro deste parâmetro, pode-se verificar três hipóteses em que a separação absoluta é obrigatória, que são eles: o casamento celebrado a despeito de causa suspensiva; se um dos cônjuges possuir mais de 70 anos; e o casamento que dependeu de suprimento judicial. Em relação à obrigatoriedade do regime da separação absoluta para pessoas com mais de 70 anos, Coelho (2012) conhece que a doutrina já tem constituído um entendimento da inconstitucionalidade, pois afronta o princípio da dignidade humana.

## **5.2 Considerações acerca do direito sucessório**

O direito das sucessões regulamenta o patrimônio de pessoa que já faleceu, fazendo a transmissão de seu patrimônio para outras pessoas, que em sua maioria serão familiares, sendo este denominado herdeiro. Acerca da sucessão a doutrina dispõe duas acepções jurídicas, a em sentido amplo, que ocorrerá quando uma pessoa em vida transfere

direitos que lhe era conferido para outrem, e em sentido restrito, que é a sucessão de um patrimônio para outra pessoa, em razão da morte do proprietário, como ensina Diniz (2004, p.16), em sentido restrito, que será objeto do trabalho:

Sucessão é a transferência, total ou parcial, de herança, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros.

É a sucessão mortis causa que, no conceito subjetivo, é o direito por força do qual alguém recolhe os bens da herança, e, no conceito objetivo, indica a universalidade dos bens do de cujus, que ficaram com seus direitos e encargos.

Devido o princípio de saisine, a sucessão, dá-se no exato momento em que ocorre a morte de alguém, fazendo com que seja transmitido o patrimônio e as obrigações do de cujus aos herdeiros, que estes podem ser legítimos ou testamentários, conforme ensina Hironaka (2004, p. 7):

Pelo princípio de saisine, a lei considera que, no momento da morte, o autor da herança transmite seu patrimônio, de forma íntegra, a seus herdeiros. O direito atual suprimiu da regra a expressão “o domínio e a posse da herança”, passando a prever a sua transferência pura e simples. Mas é óbvio que tal supressão não vai representar diminuir o alcance objetivo do princípio. Vale dizer, o objetivo da transmissão continua sendo a herança, que, como já se disse, é o patrimônio do defunto, compreendendo todos os direitos que não se extinguem com a morte, incluindo bens móveis e imóveis, débitos e créditos. Isso porque, tanto no direito anterior como no atual, a lei considera o direito à sucessão aberta como um bem imóvel indivisível, que se transfere aos herdeiros em condomínio (art. 1.791, parágrafo único, CC) até que a partilha seja deferida.

Na esfera da sucessão, pode-se observar os sujeitos, em que o falecido ocupa o lugar de sujeito ativo, e os herdeiros e os legatários compõem o sujeito passivo. O sujeito ativo é sempre o proprietário do acervo hereditário, que será transmitido, chamado de herança, e o sujeito passivo, será ocupado pelos sucessores.

Os herdeiros podem ser subdivididos em dois, como sendo herdeiros legítimos, necessário ou facultativo, e os testamentários. Os herdeiros legítimos são aqueles sucessores que a legislação traz um amparo legal, estes estão dispostos em lei para que possam ser sucessores. Os herdeiros testamentários são aqueles dispostos pelo sujeito ativo, em última vontade, indicando pessoas a serem sucessores de sua herança.

Já legatários, por sua vez, não devem ser confundidos com os sucessores legítimos. Os legatários são aqueles instituídos por testamento para receber um bem

determinado, a título singular, podendo ser até mesmo o próprio herdeiro legítimo, ou seja, um bem que o de cujus deixou em específico, para seu herdeiro legítimo, ou testamentário.

O direito sucessório é considerado um direito muito complexo, pelo fato de possuir peculiaridades e diversificadas maneiras de ocorrência da transmissão. O Código Civil de 1916 foi influenciado pelos costumes preconceituosos, por isto, defendia a teoria de que as uniões estáveis, independentemente de serem adulterinas ou não, não deveriam ter amparo legal, amparando somente as famílias legítimas.

Conforme ensina Hironaka (2004, p. 29) em relação à legitimação ou capacidade para suceder, o herdeiro deve estar vivo, não importando se tem capacidade de direito ou de gozo, interferindo, igualmente, a circunstância de ter sido excluído da sucessão ou ter sido deserdado, conforme artigos 1.184.1.961 e 1.962 do Código Civil.

A diferenciação existente entre a união estável e o casamento, é a omissão que o legislador deixou no que tange o direito real de habitação por parte do companheiro. Porém o Código Civil de 2002 não revogou por inteiro as leis referentes à união estável, como ensina Venosa (2003, p.116):

O novo Código não se refere ao direito real de habitação do convivente. É de perguntar se estaria revogado o dispositivo ou se persistem vigentes os dispositivos das leis anteriores sobre a união estável não contemplados pelo novo Código. Se for entendido que as lacunas disposições do Código de 2002 sobre a união estável revogaram as leis anteriores, a união estável será colocada, no novo sistema, em posição de inferioridade. Haverá uma restrição de direitos conquistados no passado, inclusive este de habitação. Parece ter sido esta a intenção do legislador, mas parece que não será essa orientação jurisprudencial futura.

Não conseguindo mais o direito, contornar essa situação, foi necessário dar respostas à sociedade. Adveio então a Lei nº 8971/1994 que dispunha em seu texto o direito do companheiro na união estável em relação ao direito sucessório, ganhando um amparo legal, conforme dispõe os artigos 2º e 3º, desta Lei:

A Lei 8.971/1994 dispõe em seus artigos que o companheiro (a) comprovado de uma mulher ou homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, participará da sucessão o (a) companheiro (a) sobrevivente enquanto não constituir nova união, tendo direito ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujos*<sup>6</sup>, se houver filhos ou comuns; terá direito também enquanto não constituir

---

6 Da expressão latina cuius successione agitur, que designa pessoa falecida de cuja sucessão de bens se trata. Denomina o falecido que deixou bens. Também se diz autor da herança.

nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cujos*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; e na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Já o artigo 3º da supracitada Lei, menciona que quando os bens deixados pelo autor da herança forem construídos com a ajuda do companheiro sobrevivente, o companheiro que sobreviver terá direito à metade dos bens.

O Código Civil de 2002 trouxe novas concepções em se tratando do direito sucessório. Concedeu ao cônjuge a modalidade de herdeiro necessário, e quanto ao companheiro, este ficou de forma diferenciada, não sendo facultativo (art. 1.850), e tampouco necessário (art. 1.845). O companheiro ficou então na condição de herdeiro necessário dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, conforme aduz o art. 1790, se concorrer com filhos comuns terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho, caso concorra com descendentes só do autor da herança, ficará com a metade do que couber a cada um daqueles, se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito à totalidade de um terço da herança, e somente não havendo nenhum parente sucessível é que terá direito à totalidade da herança.

O artigo 1725, do Código Civil, aplicou como regime aos companheiros que vivem em união estável, o regime da comunhão parcial, salvo se tiver contrato em escrito. Com o reconhecimento da união homoafetiva, pode-se constatar que os direitos sucessórios, referentes à união estável entre pessoas heterossexuais, deverão ser utilizados também nas uniões entre homossexuais, não deixando de estabelecer normas jurídicas a esses institutos, para que seja exaurida esta insegurança jurídica.

### 5.3 No direito sucessório

Antes do Código Civil de 2002, o direito sucessório dos companheiros era regido pela Lei n. 8.971/1994 que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão e pela Lei 9.278/1996 que regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Com o Código Civil atual, essas leis perderam sua eficácia, sendo estas aplicadas aos casos anteriores ao início da vigência do novo Código Civil, Pereira (2012,p. 159), ensina:

Além de grande alteração, o aspecto sucessório é o mais polêmico, exatamente porque ele estabeleceu diferenciações entre as duas formas de se constituir família. Mas esta diferenciação significa, necessariamente,

desigualdade? Isto significa que o Estado colocou a união estável como uma família de segunda classe, como historicamente era considerada? A intenção do legislador pode até ter sido esta, já que a concepção do Código é de uma época em que o concubinato era uma subfamília. Mas, por sorte ou ironia do destino, acabou acertando, na medida em que estabeleceu aí uma diferenciação entre as duas formas de constituir famílias. (...) Este tratamento dado pelo Código Civil de 2002 ao casamento e à união estável não significa superioridade de uma sobre a outra entidade familiar. Significa a saudável consideração das diferenças. O passo adiante no discurso da igualdade de direitos é exatamente esta consideração das diferenças. E na liberdade de escolha do diferente está a responsabilidade do sujeito por esta escolha.

Como ainda existem em nosso ordenamento jurídico violações de preceitos constitucionais e fundamentais, houve a possibilidade de interposição da ADI n. 4277 e a ADPF m. 132, aludindo o artigo 226, § 3º da Constituição Federal e o artigo 1723 do Código Civil de 2002. Foi um julgamento que possibilitou uma alavanca ao direito dos companheiros homoafetivos.

Os julgamentos dos casais homoafetivos em relação ao direito sucessório possuía uma grande dificuldade, pois se enquadravam na sociedade de fato, eram julgados pelas varas cíveis, não pela vara da família. Um tribunal que bastante ajudou neste aspecto, foram os tribunais gaúchos, com decisões bastante extravagantes, conforme mostra Dias (2011, p.85):

Não demorou para a justiça abandonar a analogia e reconhecer as uniões homoafetivas como união estável. Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fossem, formam um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem. Mister identificá-las como união estável. Esse vanguardismo que se deve à justiça gaúcha vem encontrando eco na maioria dos tribunais brasileiros.

Dias (2001, p. 19-20) é uma grande doutrinadora que defende as relações homoafetivas, expressa sua opinião no referente ao não reconhecimento do companheiro homoafetivo no direito sucessório, concluindo que deve ser reconhecido o direito sucessório ao companheiro:

Tais soluções cabe repetir, geram um descabido beneficiamento dos familiares distantes, que, normalmente, rejeitavam, rechaçavam e ridicularizavam a orientação sexual do *de cuius*. De um outro lado, na ausência de parentes, a solução leva a um resultado ainda mais injusto. A herança é recolhida ao Estado pela declaração de vacância, em detrimento de quem deveria ser reconhecido titular dos direitos hereditários.

São vários os julgados que influenciam e auxiliam a sociedade para acabar com essas discriminações, um exemplo de jurisprudência que pode ser observada é a do Rio Grande do Sul, sendo este o tribunal mais inovador e radical, para assegurar os direitos dos casais homoafetivos.

Rio Grande do Sul - Sucessão. Inventário. União estável homoafetiva. Vínculo reconhecido judicialmente. O direito do companheiro à herança limita-se aos bens adquiridos a título oneroso na vigência da união estável. Concorrência sucessória do companheiro. Exegese do art. 1.790 do Código Civil. Precedentes. Agravo desprovido.<sup>7</sup>

Como as famílias constituídas por casais homossexuais sofrem com a morte de seus companheiro, os homossexuais também sofrem, por diversas razões, como por exemplo a perda do ente querido, e os problemas que virão posteriormente. A estes são devidos esses direitos em razão da construção do patrimônio que constroem juntos no tempo que estão em união estável.

De acordo com Pereira (2012), independentemente de qualquer relação de afeto, tanto homossexual quanto heterossexual, surge também relações patrimoniais. Partindo desta concepção, percebe-se que não dar o que é devido a cada um foge também dos parâmetros da justiça.

Os requisitos, em relação aos casais homoafetivos, no direito sucessório, estão dispostos no artigo 1790 do Código Civil de 2002, que regulamentam as uniões entre casais de sexos diferentes, onde o companheiro herdará sobre os bens que construíram no período da união, como já mencionado.

O companheiro terá direito à sua meação dos bens que adquirirem na constância da união, e em relação a meação do falecido terá direito a uma quota equivalente atribuído ao filho. O companheiro não se enquadrará aos direitos conferidos no artigo 1832 do Código Civil de 2002, pois esta diz respeito somente ao cônjuge. Em se tratando do patrimônio particular o artigo 1790 do Código Civil nada dispõe.

O artigo 1790 do Código Civil, nada dispõe sobre o companheiro que falecer e deixar filhos exclusivos e filhos em comum com o companheiro. A doutrina tem solucionado este problema, aderindo a filiação híbrida, tratando os filhos comuns e os filhos apenas do companheiro falecido, de forma igual, recebendo assim, o companheiro a porção equivalente a cada filho comum. Ensina-nos Gonçalves, (2011, p.196) que havendo descendentes comuns

<sup>7</sup>. Dias, apud, (TJRS, AI 70039688452, 8ª C. Cív., Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 24/02/2011).

e unilaterais, aplica-se a regra do inciso I, assegurando à companheira quinhão igual ao daqueles.

Se um companheiro falecer e este não deixar descendentes vivos, o companheiro sobrevivente concorrerá com outros parentes chamados à sucessão, ou seja, terá este que concorrer com parente do de cujus até o quarto grau, e dentre estes, estão incluídos os ascendentes.

A ADI 4277 foi muito importante, pois antes desta, os casais homossexuais não possuíam nenhum meio de amparo legal, ficando à mercê a herança, aos parentes que muitas vezes nem possuíam contato com aquele indivíduo. Injusto é com aquele que sempre está ao lado dele, ajudando e fazendo investimentos patrimoniais.

## 6 CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho, percebe-se que o homossexualismo surgiu com as primeiras civilizações, porém foi condenado pela igreja, e conseqüentemente pelo Estado, visto que a igreja de certa forma era o Estado. Por muito tempo o Estado conseguiu reprimir de certa forma os homossexuais.

Com a separação da igreja com o Estado, acabou aquela fase em que o homem temia ao Estado. Surgiu então a democracia, onde o governo emana do povo. Com tantas conquistas advindas com a democratização do Estado brasileiro, perceberam os homossexuais que deveriam lutar pelos seus direitos, sendo o primeiro passo de suma importância para esta classe.

A classe homossexual, como todos demais problemas que tiveram grandes repercussões por afrontarem os aspectos culturais da sociedade, sofreu diversos tipos de preconceitos. Hoje, em pleno século XXI, onde se há tantas inovações e modernidade, ainda não se pode falar que os casais homoafetivos são aceitos em sua totalidade, pela sociedade.

A Constituição Federativa da República do Brasil é quem assegura e resguarda os direitos de todos os brasileiros. Através dos direitos dispostos nela, é que se pode assegurar aos casais homoafetivos os mesmos direitos que os casais heteroafetivos possuem no que tange a relação patrimonial, e principalmente na sucessão.

É possível perceber que mesmo não havendo legislação específica para casais homoafetivos, já existem alguns casos em que se têm concedido tais direitos. O Poder Judiciário vem amparando estas lacunas, porém não está sendo de forma unânime ainda, deixando a mercê diversos direitos homoafetivos.

A Carta Maior de 1988 é enfática quando assegura ser todos iguais, sem nenhuma distinção. A partir deste princípio pode-se constatar que não deve ser discriminado qualquer pessoa em razão da sua opção sexual, por ser o Brasil um país democrático, devendo ser resguardado o direito à liberdade, à igualdade e à dignidade da pessoa humana.

Tendo como base, todo o trabalho consubstanciado em doutrinas e jurisprudências, verificou ser possível o reconhecimento do companheiro homoafetivo na sucessão do outro. Visto que, não se pode um parente, que às vezes é estranho, participar da sucessão, e o companheiro que ajudou a frutificar seu patrimônio não ter direito.

Mesmo diante de tanta cultura e princípios, a sociedade, o magistrado e o legislador, não pode tomar como base princípios discriminatórios. Devem cumprir suas

funções de acordo com cada necessidade, deixando de lado seus preconceitos e colocando em prática o direito.

A união homoafetiva não pode ser tratada como uma sociedade de fato, pois não visa o lucro, esta estabelece vínculos de amor, fraternidade, enfim, vínculos afetivos que não devem ser tratados de qualquer forma, respeitando a forma de vivência de cada um dos seres humanos. Devem ser compreendidas, já que não possuem legislação, como união heteroafetivas, em razão do princípio da analogia.

Tal direito deve ser resguardado, devido à colaboração que existe entre ambos para conquistarem patrimônio, e mais que isso, o apoio que existe entre eles, que não se distingue dos demais tipos de famílias.

Como na união entre pessoas de mesmo sexo, não há necessidade ser comprovada a ajuda do acréscimo patrimonial do de cujus. Pois não é somente a pecúnia a única forma de contribuir para construção da família, tem várias outras formas de contribuição existente para colaborarem o casal.

O magistrado vem cumprindo um papel fundamental para discernir o futuro dos casais homoafetivos, devido à inercia do legislativo. Entretanto, não está sendo de forma unânime as decisões. O STF, então através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132.

Não pode o legislativo continuar omitindo respaldo legal a direitos que são de extrema importância para a classe homoafetiva. Através das decisões do magistrado, deve amparar para que possa positivar leis direcionadas aos casais homoafetivos, garantindo o bem-comum a sociedade.

## REFERÊNCIAS

### LIVROS

ABREU, Carla Castro. **A união homoafetiva e o direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AZEVEDO, Alvaro Vilaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo Código Civil Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2002.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família - Sucessões - Vol. 5 - 5ª Ed.** 2012.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: Preconceito e Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Manual das sucessões**. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23º ed., vol. 5 São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 18º Ed, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões homossexuais – efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004.

FIUZA, Cesar. **Direito Civil curso completo**. 12º edição revista, atualizada e ampliada Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. 1ª série. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

\_\_\_\_\_; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: secessões**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Homossexualismo: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica**. São Paulo: RT, 2011.

PATINÕ, Ana Paula Corrêa. **Direito civil: direito de família**. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8º ed. ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. 2º ed., rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil: Belo Horizonte, Del Rey, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 34º ed. rev. atual. Malheiros Editores, 2011.

VADE MECUM. **Código Civil**. 15º. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal**. 15º. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Loti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 3º ed. São Paulo: Atlas. 2003.

#### ENDEREÇO ELETRÔNICO

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm) (acessado em: 10 de março de 2014).

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.971, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1994**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm) (acessado em: 15 de março de 2014)

DIAS, Maria Berenice. **A família homoafetiva e seus direitos**. Disponível em:

[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/45\\_\\_a\\_fam%EDlia\\_homoafetiva\\_e\\_seus\\_direitos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/45__a_fam%EDlia_homoafetiva_e_seus_direitos.pdf). (Acessado em: 20 de novembro de 2014).

\_\_\_\_\_. **Homoafetividade**. Disponível em:

<http://mariaberenice.com.br/pt/homoafetividade.dept> (Acessado em : 25 de março de 2014).

**EXPRESSÃO DE CUJUS**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/298009/de-cujus> (Acessado em: 01 de dezembro de 2014).

## JURISPRUDÊNCIA

- Dias, apud, **TJRS, AI 70039688452, 8ª C. Cív., Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 24/02/2011**. Disponível em:

<http://www.direitohomoafetivo.com.br/imprimejurisprudencia.php?ordem=1125,1076,1061,17,116,664,115,824,112,111>. (Acessado em: 15 de março de 2014).

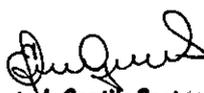
- STF - **ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO**, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341.

STF - **ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO**, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001)

## DECLARAÇÃO DE REVISÃO ORTOGRÁFICA

Declaro para todos os fins que foi feita a Revisão ortográfica da Monografia: A União Homoafetiva e os Reflexos no Direito Sucessório, da acadêmica: Bianca Silva Nascimento do Curso de Direito da FACER – Faculdades – Unidade de Rubiataba – GO, realizada pela professora Elizabete Aparecida Gontijo Santana, Graduada em Letras Modernas – Língua Portuguesa, Língua Inglesa e Literatura Brasileira pela Associação Educativa Evangélica – FAFISP e Especializada em Língua Portuguesa pela Universidade Salgado de Oliveira – Universo.

Por ser verdade assino a presente declaração.

  
Elizabete A. Gontijo Santana  
Esp. em Língua Portuguesa

Rubiataba, 15 de dezembro de 2014.