

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE
FACULDADE DE DIREITO



TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**EFEITOS JURÍDICO-PATRIMONIAIS NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS:
SOBRE A DISSOLUÇÃO POR MORTE EM FACE DA LACUNA
LEGISLATIVA**

Mariana de Nunes Flores e Silva

RIO GRANDE,
2014

Mariana de Nunes Flores e Silva

**EFEITOS JURÍDICO-PATRIMONIAIS NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS:
SOBRE A DISSOLUÇÃO POR MORTE EM FACE DA LACUNA
LEGISLATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito à
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande, sob a orientação do
Prof. Dr. Renato Duro Dias.

RIO GRANDE,
2014

Silva, Mariana de Nunes Flores e, 1991

Efeitos Jurídico-patrimoniais nas Uniões Homoafetivas: Sobre a Dissolução por Morte em Face da Lacuna Legislativa / Mariana de Nunes Flores e Silva – 2014.

74 fls.; 30cm.

Orientador: Prof. Dr. Renato Duro Dias

Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal do Rio Grande – FURG, Curso Direito, 2014.

I. Dias, Renato Duro. II. Universidade Federal do Rio Grande – FURG, Curso Direito. III. Efeitos Jurídico-patrimoniais nas Uniões Homoafetivas: Sobre a Dissolução por Morte em Face da Lacuna Legislativa.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus familiares e amigos por todo o apoio, auxílio e compreensão que me foram destinados ao longo desta jornada, sem os quais nada disso seria possível. Em especial, agradeço ao Marco Antônio por todos os instrumentos não tocados para que eu pudesse ter silêncio para estudar, à Tania Mara por ser uma mãe com discernimento e à Dulceneia por todas as comidinhas e cuidados que facilitaram minha dedicação exclusiva aos estudos.

Agradeço ao professor Renato Duro Dias pela experiência e boa vontade de contribuir sempre, revelando-se verdadeiro orientador no processo de realização deste trabalho. A cada sorriso no rosto e a cada palavra de encorajamento tive mais certeza de ter trabalhado sob a direção da pessoa certa.

Agradeço às minhas fiéis companheiras de percurso, Janine Bastos, Marcella Mazzei e Sasha Valadão, que dividiram comigo os últimos 6 anos, os sonhos, as conquistas. Obrigada por fazerem parte deste período da minha vida e por torná-lo muito mais divertido. Sem vocês nenhuma vitória seria completa.

Obrigada a todos que de alguma forma me incentivaram a concluir esta graduação, com palavras ou com gestos. Algumas vezes pensamos em desistir, mas essas demonstrações de apoio nos fazem retomar as tarefas.

Finalmente, dou graças a Deus, ao meu anjo de guarda e à corrente espiritual de João Batista que sempre me serviu de guia e de consolo, dando força e coragem para seguir, mesmo quando todas as dificuldades surgiram no momento final e crucial desta caminhada. Obrigada amigos pela intuição, mas principalmente pelos ouvidos de ouvir.

RESUMO

A proposta da presente pesquisa tem como objetivo evidenciar a necessidade de revisão de conceitos do Direito Civil, em especial do Direito das Sucessões e do Direito de Família, sob a ótica constitucional, quanto aos efeitos jurídico-patrimoniais decorrentes das uniões homoafetivas, a fim de demonstrar se tais uniões são capazes de, por si só, gerar efeitos sucessórios ao companheiro supérstite. A metodologia empregada baseou-se em uma pesquisa de abordagem dedutiva, considerando a relação existente entre homossexualidade e Direito, especialmente quanto ao tratamento dispensado por este àquela, perpassando pelos diferentes regramentos atinentes aos direitos sucessórios no ordenamento jurídico pátrio; analisando o caráter de entidade familiar das uniões homoafetivas; e discorrendo sobre os mecanismos de proteção já existentes e sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Para tanto, a pesquisa será estruturada em defesas doutrinárias sobre a temática. Procura-se demonstrar a necessidade de cumprir-se a finalidade sucessória de justiça e manutenção de patrimônio no seio familiar também em famílias homoafetivas.

Palavras-chaves: sucessão; patrimônio; união homoafetiva; homossexualidade; dignidade da pessoa humana; entidade familiar; igualdade.

ABSTRACT

The present research has the objective of making the review of Civil Law concepts need evident, especially about family e substitution, through the constitutional perspective, over the patrimonial effects of homosexual unions, to show if this unions are capable of create substitution effects for the living partner. The methodology employed is based in a deductive boarding research, which will consider the connection between homosexuality and Rights, especially about the treatment laws give for it, talking about the different rules in substitution law in the Brazilian rights; investigate the familiar characteristic of homosexual unions; and analyze the protection mechanisms that already exist and homosexual marriage. To reach this objective the research is based on doctrinal defenses about the subject. The object is to show the need of obey the substitution law goal: justice and preserve the right of the families, including the homosexual ones, maintain the death relatives patrimony.

Keywords: substitution; patrimony; homosexual union; homosexuality; human dignity; family; equality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DA HOMOSSEXUALIDADE E O DIREITO	12
1.1 Da Discriminação por Orientação Sexual e dos Reflexos no Ordenamento Jurídico	14
1.2 Do Princípio da Igualdade e do Direito à Antidiscriminação	18
1.3 Da Homossexualidade e dos Valores Constitucionais Informadores da Dignidade da Pessoa Humana.....	20
2 DIREITO DAS SUCESSÕES: NOÇÕES GERAIS E MODELOS APLICADOS	25
2.1 Direito Sucessório e Casamento	27
2.2 Direito Sucessório e União Estável	30
2.3 Direito Sucessório e Sociedade de Fato	34
3 UNIÕES HOMOAFETIVAS, CONSTITUCIONALIZAÇÃO, DESPATRIMONIALIZAÇÃO E REPERSONIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO	38
3.1 Das Transformações Promovidas pela Constitucionalização do Direito e do Conceito Constitucional de Família	39
3.2 Das Entidades Familiares Constitucionalmente Previstas e da Família Homoafetiva	42
3.3 Do Rol de Entidades Familiares do Artigo 226 da Constituição Federal e do Alcance da Decisão Proferida na ADPF 132/08 e ADI 4277/09	49
4 DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO DISPONÍVEIS E DO CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO	544
4.1 Do Testamento e do Contrato de Parceria Civil	55
4.2 Do Casamento Homoafetivo	60
4.3 Da (des) Necessidade de Emenda Constitucional e da Omissão Legislativa Quanto aos Efeitos Sucessórios	64
CONCLUSÃO.....	70

REFERÊNCIAS.....73

INTRODUÇÃO

A proposta da presente pesquisa monográfica traz como tema os Efeitos Jurídico-patrimoniais nas Uniões Homoafetivas: sobre a dissolução por morte em face da lacuna legislativa. A problemática da pesquisa centra-se nos efeitos sucessórios decorrentes das uniões formadas entre pessoas do mesmo sexo, perpassando questões como a possibilidade de tais uniões gerarem tais efeitos por si só, com base nos mecanismos já existentes no ordenamento jurídico pátrio, e sobre a necessidade, ou não, da edição de leis específicas a este fim e promoção de emendas à constituição.

O tema foi escolhido por sua relevância e importância no cenário contemporâneo do Direito de Família e do Direito das Sucessões, estando presente, mais do que nunca, nos cenários social, jurídico, político e cultural. As estruturas familiares se tornaram, historicamente, base da sociedade e suas relações são indispensáveis ao desenvolvimento da comunidade.

Por isso empreendeu-se nesta pesquisa, considerando a relevância dos direitos sucessórios para as pessoas naturais e para o meio familiar. Há um esforço, portanto, à compreensão e concretização de garantias individuais relacionadas à constitucionalização do direito privado.

Com o presente trabalho, busca-se evidenciar a necessidade de rever conceitos do Direito Civil, em especial do Direito de Família e do Direito das Sucessões, sob a ótica constitucional, no que diz respeito aos efeitos jurídico-patrimoniais decorrentes das uniões homoafetivas, a fim de demonstrar que tais uniões são capazes de gerar efeitos sucessórios ao (à) companheiro (a) sobrevivente. Ainda, pretende-se demonstrar que tipo de tratamento é dispensado pelo ordenamento jurídico às consequências patrimoniais advindas de uniões homoafetivas, mormente quanto à assimilação ou indiferença deste fato social.

Para tanto, a pesquisa está dividida em quatro percursos investigativos. No primeiro capítulo, por entender importante a respaldar os demais, discorre-se brevemente sobre a relação existente entre Homossexualidade e Direito, tratando-se de categorias como discriminação por orientação sexual, passando pelo direito à antidiscriminação e sua relação com o princípio constitucional da igualdade, bem

como analisa-se a relevância dos valores extraídos do princípio da dignidade da pessoa humana para a discussão do tema proposto.

O segundo capítulo propõe-se a estabelecer um comparativo entre os modelos de sucessão atualmente aplicados ao casamento e à união estável. Analisa, ainda, o paradigma da sociedade de fato, por muito tempo aplicado pelos Tribunais às uniões formadas por pessoas do mesmo sexo quando do falecimento de um (a) dos (as) companheiros (as).

No terceiro capítulo pondera-se sobre os fenômenos de constitucionalização, despatrimonialização e repersonificação do Direito Privado e sobre sua influência na conceituação de família, mormente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e suas disposições concernentes à Ordem Social. Além disso, discorre-se sobre os modelos de entidades familiares previstas pela Constituição Federal e a inserção das famílias homoafetivas nesse contexto, sobretudo após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF 132/08 e ADI 4277/09.

O último capítulo volta-se aos mecanismos de proteção das relações patrimoniais decorrentes de uniões homoafetivas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, analisando-se os institutos do testamento e do contrato de parceria civil. Ainda, efetua-se exame acerca da possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo e da (des) necessidade de emenda ao texto constitucional para a garantia dos direitos patrimoniais decorrentes de uniões homoafetivas, concluindo-se com considerações acerca da omissão legislativa sobre o tema.

O campo do Direito das Sucessões afigura-se como de suma importância às pessoas naturais, haja vista que a sucessão traz aos herdeiros a sensação de prolongamento da pessoa que morreu. Pode representar, ainda, atenuação do sentimento de perda, tornando o ente querido vivo na memória daqueles que o substituirão.

Pode-se dizer que a finalidade do Direito das Sucessões é, principalmente, manter o patrimônio adquirido pelo *de cuius* no grupo familiar. Por isso, não é possível retirar tal direito de seus destinatários pelo simples fato de decorrerem de uniões formadas por pessoas de igual sexo.

Por esta razão, a presente pesquisa busca apontar pontos obscuros do ordenamento jurídico brasileiro que se relacionam ao tema escolhido, possibilitando a solução de conflitos em âmbito de Direitos Sucessórios e afirmando a importância do reconhecimento de tratamento isonômico aos (às) companheiros (as) em relações homoafetivas.

1 DA HOMOSSEXUALIDADE E O DIREITO

A palavra *homossexualidade* é definida por SILVA (2010 p. 402), em sua obra intitulada Vocabulário Jurídico Conciso, como “expressão que se refere à atração ou à manutenção de relações sexuais com indivíduos do mesmo sexo”. Mais do que isso, a homossexualidade é manifestação de orientação sexual, compreendida como identidade que se atribui a uma pessoa em função da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais, que neste caso será a outra pessoa do mesmo sexo (RIOS, 2002, p. 95-96).

Por tratar-se de modo de manifestação da identidade humana, a homossexualidade é fato social observada já nas antigas civilizações. Michel Foucault em sua obra História da Sexualidade 2 – O uso dos prazeres, descreve no capítulo destinado à *erótica*, que na civilização grega não havia hierarquia social entre homens que se relacionavam com rapazes e homens que mantinham relações com mulheres. A escolha do parceiro era relegada às preferências do indivíduo, que poderia, inclusive, optar por relacionar-se com pessoas de ambos os sexos.

É claro que a preferência pelos rapazes e as moças era facilmente reconhecida como um traço de caráter: os homens podiam se distinguir pelo prazer ao qual eram mais ligados, questão de gosto, que podia prestar-se a gracejos, mas não questão de tipologia implicando a própria natureza do indivíduo, a verdade de seu desejo ou a legitimidade natural de sua inclinação. Não se concebia dois apetites distintos, distribuindo-se em indivíduos diferentes, ou confrontando-se numa mesma alma; encarava-se antes como duas maneiras de obter seu prazer, uma das quais convinha melhor a certos indivíduos ou a certos momentos da existência. As práticas com rapazes e com mulheres **não constituíam categorias classificatórias entre as quais os indivíduos pudessem repartir-se; o homem que preferia os *paidika* não se experimentava como “outro” face àqueles que buscavam as mulheres (grifei)** (FOUCAULT, 1984, p. 170).

Ainda conforme o autor havia certa franqueza nos comportamentos sexuais até o século XVII, período em que se alastrou o que ele denomina de regime vitoriano. De acordo com FOUCAULT (1988, p. 9-11), a sexualidade foi encerrada pela Burguesia Vitoriana através de um ideal de repressão imposto pela necessidade de exploração do trabalho árduo, dependente da força do indivíduo que, portanto, não poderia se dissipar com prazeres.

Nesses moldes, excepcionava-se a sexualidade destinada à reprodução, no seio da família conjugal formadora do paradigma da “normalidade”. Aos que não se adequavam a este modelo, aqueles cujos comportamentos integravam uma

sexualidade periférica, restava a negação e o silêncio. Ainda, considerando os mecanismos de repressão da sexualidade, o século XVII representa a ruptura das grandes proibições e da valorização exclusiva da sexualidade matrimonial, enquanto o século XX caracteriza-se pela ruptura do afrouxamento, a partir de uma crescente tolerância quanto às relações extramatrimoniais (FOUCAULT, 1988, p. 109).

Ocorre que, ainda hoje, em que pese as inúmeras modificações sociais e de concepção da sexualidade, não estamos livres da repressão moderna do sexo, especialmente no que se refere à homossexualidade. A discriminação por orientação sexual está presente em nossa sociedade, ensejando, inclusive, tratamentos jurídicos diferenciados em razão da homossexualidade.

RIOS (2002, p. 99) analisa quatro concepções contemporâneas de homossexualidade, quais sejam: a) homossexualidade como pecado; b) homossexualidade como doença; c) homossexualidade como critério neutro de diferenciação; d) homossexualidade como construção social. Trata-se de classificação indicativa de modos atuais de compreensão do tema, sem indicar sua correção ou não.

Em apertada síntese, enquanto a concepção de pecado associa práticas homossexuais a comportamentos moralmente reprováveis, principalmente porque no plano religioso práticas sexuais não destinadas à reprodução são condenáveis ainda que no seio do matrimônio, a concepção de doença, fruto do predomínio da mentalidade científica, contrapõe o indivíduo homossexual ao heterossexual, classificando o último como parâmetro de “normalidade”, e a concepção de construção social compreende relevante a atração pelo sexo oposto ou pelo mesmo sexo, diferenciando o tratamento entre os indivíduos, a compreensão da homossexualidade como critério neutro de diferenciação aproxima-se mais do que deve ser buscado pelo direito (RIOS, 2002, p. 100-120).

Isso porque, a homossexualidade, nesta concepção, é vista como conceito neutro, desimportante para o estabelecimento de tratamentos diferenciados, não sendo utilizada para justificação de discriminações. A defesa dos direitos homossexuais requer a discussão das ideias de liberdade, diferença e, principalmente, igualdade, a medida que tais direitos não podem se vistos como exceção, mas como direitos autônomos a serem exercidos em uma sociedade democrática (RIOS, 2001, p. 19).

Nas palavras de VARGAS (2011, p. 23), o Direito dispensa três posicionamentos frente aos fatos jurídicos. É possível que o fato seja assimilado, se merecedor da proteção estatal, ou rejeitado, se ofender ao ordenamento jurídico, como no caso dos crimes. Ainda, o fato poderá ser tratado com indiferença, se não interessar ao direito.

Em que pese a indiferença legislativa quanto aos direitos homossexuais, a jurisprudência e a doutrina vem realizando esforços no sentido de conferir direitos e garantias aos homossexuais. O ordenamento jurídico brasileiro filia-se a um modelo intermediário de reconhecimento de direitos homossexuais, haja vista que não criminaliza a prática de atos homossexuais, a exceção do Direito Penal Militar, e prevê hipóteses de discriminação por orientação sexual sem, no entanto, instaurar ações afirmativas de diversidade (RIOS, 2001, p. 22).

Contemporaneamente, é função do operador do direito compreender as normas do ordenamento jurídico em consonância com a realidade social e suas constantes transformações.

Um direito democrático da sexualidade, enraizado nos princípios dos direitos humanos e nos direitos constitucionais fundamentais, deve atuar simultaneamente no sentido do reconhecimento do igual respeito às diversas manifestações da sexualidade e do igual acesso de todos, sem distinções, aos bens necessários para a vida em sociedade (RIOS, 2007, p. 28).

O ordenamento jurídico brasileiro, em se tratando de um Estado Democrático de Direito, confere aos seus cidadãos garantias fundamentais como liberdade, igualdade e privacidade, não sendo lícito impedir o acesso a estas garantias a quem quer que seja em razão de discriminações por orientação sexual. É preciso promover-se uma sociedade livre de preconceitos morais ou religiosos, sob pena de negarem-se direitos a cidadãos muitas vezes relegados à marginalidade.

1.1 Da Discriminação por Orientação Sexual e dos Reflexos no Ordenamento Jurídico

Juridicamente, o conceito de discriminação relaciona-se à reprovação das condutas que tendem a violar o princípio constitucional da igualdade, em atenção aos prejuízos sofridos pelos destinatários de tratamento não isonômico. O ordenamento jurídico brasileiro fornece definição de discriminação, extraída da

análise dos dispositivos constitucionais e dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário:

Pode-se formular o conceito jurídico constitucional de discriminação como sendo *qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública* (RIOS, 2008, p. 20).

É importante destacar que, conforme se demonstrará ao analisar as dimensões do princípio da igualdade, a utilização de tratamentos diferenciadores faz-se, por vezes, necessária. Desse modo, o que se deve combater é a discriminação perniciosa, que impossibilita o exercício de direitos em função de características inerentes à individualidade de cada um.

A análise das práticas discriminatórias compreende ações intencionais, conscientes, e atitudes que se reproduzem independentemente da vontade, através da manutenção de medidas aparentemente neutras. Constituem-se, assim, as modalidades direta e indireta de discriminação, respectivamente (RIOS, 2008, p. 21).

Discriminação direta é o modelo mais simples de discriminação, no qual há intenção do agente em distinguir pessoas em iguais situações em decorrência de característica inerente à sua individualidade. Em sede de direitos da homossexualidade, ocorre “quando qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência”, fundada em orientação sexual, “tem o propósito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais” (RIOS, 2008, p. 89).

Portanto, a discriminação será direta quando o tratamento diferenciado e menos favorável possuir a finalidade de prejudicar o indivíduo, ou o grupo, homossexual, através de critérios proibidos constitucionalmente. No direito brasileiro, a discriminação explícita, intencional, é sancionada, especialmente em função das disposições do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, que veda comportamentos discriminatórios:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 2014, p. 65).

Ao prever a promoção do bem de todos sem *quaisquer formas de discriminação*, o texto constitucional elencou como objetivo fundamental da

República a proibição de discriminação por orientação sexual. A este respeito, DIAS (2011, p. 199) refere que

a sexualidade integra a própria condição humana. É direito **humano fundamental** que acompanha a pessoa desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode se realizar como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual.

Conforme dito, a orientação sexual é a identidade atribuída ao indivíduo em razão do alvo de seu desejo sexual, integrando, portanto, a condição humana. Ademais, considerando a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana no texto constitucional de 1988 como vértice do Estado Democrático de Direito, a Lei Maior passou a ver no indivíduo um detentor de patrimônio moral, além de possuidor de direitos exclusivamente patrimoniais. Nesse diapasão, o direito à livre orientação sexual compõe este arcabouço moral, não podendo ser excluído ante o caráter valorativo da dignidade da pessoa humana, através do qual não se concebem limitações às garantias intrínsecas ao indivíduo, ainda que não haja previsão legal específica (LARRATÉA, 2011, p. 342).

Quanto aos efeitos jurídicos da discriminação por orientação sexual, o próprio direito pode fomentar diferenciações intencionais, na modalidade direta, através de discriminação explícita, na aplicação do direito, ou na concepção de norma ou medida. Há casos em que uma norma é construída intencionalmente para negar direitos aos homossexuais, como em sede de direitos previdenciários, cabendo nestes casos ao Poder Judiciário, como já vem fazendo, rechaçar situações de discriminação direta explícita.

A discriminação perpetrada contra homossexuais no regime da Previdência Social, cuja legislação de benefícios, ao arrolar os dependentes, almejou excluir companheiros homossexuais (...) revela hipótese indiscutível de discriminação explícita (RIOS, 2008, p. 99).

Ainda conforme preleciona RIOS (2008, p. 100-102), a discriminação direta na aplicação do direito se dá quando, independentemente da vontade do legislador na formação da lei ou do instituidor de medida, a execução gera diferenciação proposital. O artigo 203 do Código de Processo Penal¹ menciona a credibilidade da

¹ Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou

testemunha, sem utilizar de qualquer critério discriminatório para isso, o que não impediu a Justiça do Distrito Federal de, ao aplicar o dispositivo, excluir homossexual do encargo de testemunha em virtude de sua orientação sexual.

A decisão foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça em acórdão que restou assim ementado:

PROVA - Testemunha - Depoimento prestado por homossexual - Admissibilidade se não tem interesse no desfecho da lide - Nacionalidade, religião, profissão e conduta moral que não podem ser considerados como motivos para retirar o valor da prova - Observância do princípio da igualdade - Inteligência do art. 202 do CPP - Voto vencido. Ementa Oficial: .Ementa da Redação: A teor do art. 202 do CPP, toda pessoa pode ser testemunha, com a restrição de que não tenha interesse no desfecho da lide, mas que tenha ciência dos fatos relevantes para o processo, assim, o homossexual não pode ser recusado como testemunha, pois a nacionalidade, a religião, a profissão e a conduta moral não podem ser considerados como motivos para retirar o valor do depoimento, em face do princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San José da Costa Rica (STJ, REsp 154.857/DF Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 26/05/1998).²

Finalmente, a discriminação direta na concepção acontece quando o propósito discriminatório se fez presente desde o nascimento da lei ou medida. De modo geral, o ordenamento jurídico brasileiro não rejeita condutas homossexuais, ou seja, não as criminaliza por compreender afrontarem os dispositivos legais que o integram. No entanto, o artigo 235 do Código Penal Militar conta com a seguinte redação: “Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena - detenção, de seis meses a um ano” (BRASIL, 2014, p. 1024). Neste tipo penal, o Código Penal Militar define o crime de “pederastia ou outro ato de libidinagem”, restando claro o propósito discriminatório originário da norma (RIOS, 2008, p. 102).

Ocorre que a sociedade passou por diversas modificações nos últimos anos e a própria Constituição Federal proíbe qualquer tipo de discriminação, inclusive a fundada em orientação sexual. Portanto, atualmente, as diferenciações exercidas em função de características individuais não se operam de modo explícito, na maior parte das vezes.

A discriminação, com efeito, é fenômeno objetivo e difuso. Seu enfrentamento exige, muito além da censura às suas manifestações intencionais (explícitas ou encobertas), o cuidado diante de sua reprodução

quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

² Disponível em: <http://www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 29 ago.2014.

involuntária. Mesmo onde e quando não há vontade de discriminar, distinções ilegítimas nascem, crescem e se reproduzem, insuflando força e vigor em estruturas sociais perpetuadoras de realidades discriminatórias (RIOS, 2008, p. 117).

Quando a diferenciação se origina de medidas, decisões e práticas aparentemente neutras se está diante de hipótese de discriminação indireta. Neste caso, não há intencionalidade propriamente dita, mas o produto destes atos causa choque discriminatório sobre minorias.

Em nosso ordenamento jurídico há a condenação da discriminação indireta através do princípio constitucional da igualdade, que se aproxima mais da conduta negligente do que da conduta intencional. O resultado de condutas aparentemente neutras, mas negligentes, é o tratamento de pessoas ou grupos de modo menos valoroso, com a reprodução social das diferenças e a redução de possibilidades dos alvos da discriminação (RIOS, 2008, p. 151).

Pelo exposto, não é de se estranhar que o ordenamento jurídico, especialmente na seara infraconstitucional, opere discriminações fundadas em orientação sexual, ainda que de forma indireta. Em que pese o tratamento antidiscriminatório que se depreende dos princípios e normas constitucionais, o Código Civil segue a dispor, por exemplo, ser “reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher” (BRASIL, 2014, p. 357).

1.2 Do Princípio da Igualdade e do Direito à Antidiscriminação

Inicialmente, o princípio da igualdade, também conhecido como princípio da isonomia, impõe tratamento idêntico a todos que estejam em igual situação ou em situação similar. Este princípio é previsto explicitamente em diversos dispositivos constitucionais, importando em aprofundamento do princípio da legalidade. Enquanto este último prevê garantia formal ao indivíduo, em relação à necessidade de previsão legal de direitos e obrigações, o princípio da igualdade, de modo geral, possui caráter material, voltando-se ao conteúdo normativo das leis (MOTTA FILHO; BARCHET, 2009, p. 103).

Ao apontar em seu artigo 3º, inciso IV, a promoção do bem de todos sem qualquer espécie de discriminação como objetivo fundamental da República, a

Constituição Federal impõe uma leitura de seus dispositivos sob a ótica do princípio da igualdade. Além deste artigo, extrai-se a previsão do princípio em questão nas proposições atinentes às relações internacionais estabelecidas pelo Brasil (artigo 4º, inciso VIII), no artigo 5º, inciso I, que determina a isonomia entre homens e mulheres, inciso VIII, que professa a igualdade de fé religiosa, artigo 150, inciso II, referente à igualdade tributária, entre outros (BRASIL, 2014, p. 65 e 112).

Para MOTTA FILHO e BARCHET (2009, p. 103), nos ordenamentos jurídicos contemporâneos o princípio da igualdade compõe-se da *igualdade formal* e da *igualdade material*. A primeira diz com a igualdade de todos perante a lei, o que não impede que ocorram desigualdades de fato, ao passo que a segunda se refere ao tratamento isonômico de todos perante a vida.

Inicialmente, pode-se afirmar que a igualdade perante a lei (igualdade formal) diz respeito à igual aplicação do direito vigente sem distinção com base no destinatário da norma jurídica, sujeito aos efeitos jurídicos decorrentes da normatividade existente; a igualdade na lei (igualdade material), por sua vez, exige a igualdade de tratamento dos casos iguais pelo direito vigente, bem como a diferenciação no regime normativo em face de hipóteses distintas. A distinção, portanto, radica, de início, no destinatário da norma constitucional de igualdade: a igualdade perante a lei como dever do aplicador do direito tratar todos conforme a lei vigente; a igualdade na lei como dever do legislador considerar as semelhanças e diferenças quando da instituição dos regimes normativos (RIOS, 2002, p. 31).

Da citação supra, depreende-se que a igualdade perante a lei consiste em igual aplicação do direito vigente, independentemente das características individuais que diferenciam ou aproximam seus destinatários, ou seja, considera-se exclusivamente a abstrata e genérica formulação da norma jurídica, em decorrência do princípio da legalidade enquanto primazia da lei no Estado de Direito. A concepção formal de igualdade, no entanto, não atende às necessidades sociais, demonstrando-se insuficiente à efetiva restrição de diferenciações, porquanto se revela como critério universal de aplicação da lei, sem considerar justiça ou injustiças decorrentes desta aplicação (RIOS, 2002, p. 128).

É considerando o critério universalista da igualdade formal, incapaz de driblar desigualdades concretas, que o texto constitucional prevê específicos critérios de diferenciação proibidos, indicando características individuais pontuais que não podem servir à diferenciação, tais como sexo, raça ou credo. Além disso, faz-se necessária, também, a adoção do conceito material de igualdade, que importa em igualdade na lei.

Nesse ponto, impende considerar que o tratamento discriminatório entre pessoas é admitido pelo ordenamento jurídico, desde que atenda à razoabilidade. Ou seja, critérios diferenciadores que, a priori são inconstitucionais ante o princípio da igualdade, podem guardar compatibilidade com as imposições extraídas do princípio da isonomia se criados mediante razoabilidade e em função de finalidades legítimas perseguidas pela norma (MOTTA FILHO; BARCHET, 2009, p. 104).

A partir da dimensão material do princípio da igualdade é possível e desejável que haja igualdade de tratamento pelo direito dos casos iguais ou semelhantes, bem como seja dispensado diferente tratamento aos casos distintos. Para sua concretização, é necessário estabelecer parâmetros de comparação entre os destinatários da norma, sem que isso implique em afronta ao princípio da igualdade (RIOS, 2002, p. 51).

Conforme RIOS (2002, p. 129) o ordenamento jurídico brasileiro prevê ambas as concepções do princípio, como igualdade expressa perante a lei e na formulação da lei, e ainda conta com critérios específicos de proibição de diferenciação. Em sede de direitos da homossexualidade, a aplicação do viés formal do princípio da igualdade significa a aplicação de igual tratamento jurídico a todos, independentemente de orientação sexual, identificados como sujeitos de direito e não como pessoas hetero ou homossexuais.

Não há na Constituição Federal previsão específica de proibição de discriminação por orientação sexual, em que pese a aplicação do conceito formal de igualdade não baste à erradicação de diferenciações. Já quanto à igualdade material,

como diretriz geral para todos os casos, que a dimensão material do princípio da igualdade torna inconstitucional qualquer discriminação que utilize preconceitos ou lance mão de juízos mal fundamentados a respeito da homossexualidade. Vale dizer, em cada uma das questões onde surgir a indagação sobre a possibilidade da equiparação ou da diferenciação em função da orientação sexual, é de rigor a igualdade de tratamento, a não ser que fundamentos racionais possam demonstrar suficientemente a necessidade de tratamento desigual, cujo ônus de argumentação será tanto maior quanto mais intensa for a distinção examinada (RIOS, 2002, p. 136).

Pelo exposto, considerando a previsão das duas concepções de igualdade por nosso ordenamento jurídico, bem como a possibilidade de tratamentos desiguais, desde que respeitadas a razoabilidade e as peculiaridades do caso concreto, o princípio da igualdade deve ser entendido como proibição de

discriminação, atentando-se às formas pelas quais a diferenciação se manifesta (discriminação direta e discriminação indireta). Nesse diapasão, destaca-se o direito à antidiscriminação a acrescentar elementos, princípios e entendimentos na compreensão do conteúdo jurídico do princípio da igualdade (RIOS, 2008, p. 13-14).

Do direito a antidiscriminação, decorre a ideia de que o princípio da igualdade serve a tutelar o direito a diferença, ou seja, indivíduos com diferentes características devem ser igualmente tratados pelo ordenamento jurídico, como sujeitos de direitos e não como detentores destas ou daquelas características.

A postulação de um “direito à diferença”, neste contexto, irrompeu da crítica a um universalismo político e jurídico que, a pretexto de destruir as antigas hierarquias, atua de modo formalista, criando e reforçando antigas e novas desigualdades e discriminações. Fruto da assunção velada de um paradigma pretensamente universal, esta igualdade formal corrompe-se ao eleger como parâmetro um sujeito social nada abstrato: masculino, branco, europeu, cristão, heterossexual, burguês e proprietário. Desta tensão decorrem duas possíveis compreensões dos critérios proibidos de discriminação, também percebidas nos institutos da discriminação direta, indireta e das medidas diferenciadas positivas: como desdobramentos da igualdade formal ou reconhecimento da diversidade e dever de sua promoção (RIOS, 2008, p. 82).

Assim sendo, RIOS (2001, p. 67) sustenta que a concretização do princípio da igualdade se dá através da existência de um princípio geral de não-discriminação por orientação sexual, do respeito ao direito à diferença. Dispensar tratamento igual, respeitadas as situações de diferença ou similitude entre os destinatários das normas e os casos concretos, independentemente da orientação sexual do indivíduo, não implica em tratamento privilegiado, mas em tratamento equânime entre sujeitos de direitos.

1.3 Da Homossexualidade e dos Valores Constitucionais Informadores da Dignidade da Pessoa Humana

De acordo com o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil é Estado Democrático de Direito que possui como fundamento, dentre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2014, p. 65). Inserir tal princípio como fundamento do Estado na Lei Maior foi a forma encontrada pelo constituinte de garantir aos cidadãos integral proteção, a fim de resguardar

direitos fundamentais pelo simples fato de existirem como pessoas (LARRATÉA, 2011, p. 342).

O reconhecimento da dignidade pelo indivíduo é a compreensão de si mesmo como humano. Já o conceito jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana refere-se a um critério de interpretação de todo o conjunto democrático dos direitos e garantias constitucionais posto pela ordem jurídica, gerando transposição desta compreensão à esfera pública através da imposição de respeito por parte do Estado e de todas as suas instituições (VINCENZI, 2013, p. 75).

O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, não apenas no que tange aos atos e às situações envolvendo a esfera pública dos atos estatais, mas também todo o conjunto das relações privadas que se verificam no âmbito da sociedade (GAMA, 2008, p. 70).

Assim como o princípio constitucional da igualdade, que se concretiza através da prerrogativa a antidiscriminação, como direito que possuem os indivíduos de serem diferentes entre si, o princípio da dignidade da pessoa humana se estende sobre todo o ordenamento jurídico. Porém, mais do que um princípio, a dignidade da pessoa humana encerra um conjunto axiológico, de acordo com o qual há um dever de respeito às referidas diferenças e liberdades individuais.

Dignidade é a base de todos os valores morais, síntese de todos os direitos do homem, é tudo aquilo que não tem preço e que não pode ser objeto de troca (...) A dignidade da pessoa humana é tão importante que, mesmo aquele que a desconhece, merece tê-la preservada (PENA JUNIOR, 2008, p. 10).

A partir dos princípios trazidos pela Constituição de 1988, principalmente do direito às diferenças e da proibição de discriminações de qualquer natureza, os valores extraídos do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é essencial para a compreensão dos direitos homossexuais em sede de Direito das Sucessões, dos demais ramos do Direito e no plano concreto da vida em sociedade. Isto porque,

O princípio da proteção da dignidade da pessoa humana tem como núcleo essencial a ideia de que a pessoa humana é um fim em si mesma, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função das características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal (RIOS, 2001, p.89).

De acordo com GAMA (2008, p. 70), a dignidade da pessoa humana possui duas dimensões no âmbito jurídico: uma coletiva e outra pessoal. Neste ponto, discorre-se sobre a dimensão pessoal, para cujo atendimento é necessária a

promoção dos aspectos negativo e positivo da dignidade da pessoa humana. O aspecto negativo diz respeito ao dever de abstenção de invasões ilegítimas na esfera pessoal do indivíduo, enquanto o aspecto positivo refere-se à promoção positiva de suas liberdades. Assim,

O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. (DIAS, 2011, p.63).

A orientação sexual, conforme visto, é fator indispensável na composição da individualidade. Portanto, sendo esta atinente à dimensão pessoal da dignidade da pessoa humana, o respeito a este elemento de composição da personalidade é essencial à afirmação deste princípio fundamental. Outrossim, a autonomia da pessoa humana, inclusa na dimensão individual do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, implica no direito de autodeterminação em relação às decisões que dizem respeito à própria existência do indivíduo (GIORGIS, 2010, p.308).

Compreendidos tais pontos, a concretização dos valores constitucionais informadores do princípio da dignidade da pessoa humana deverá estender-se sobre o ordenamento jurídico pátrio como um todo.

Com efeito, a centralidade da proteção da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico nacional tem como uma de suas consequências a radiação deste conteúdo normativo nos demais ramos do direito positivo nacional (...) (RIOS, 2001, p.95).

No que se refere especificamente ao Direito Privado, este tem passado por diversas transformações, de modo a adequar-se às modificações sofridas pela realidade social. Em sede de Direito das Famílias, ao tratar da Ordem Social, a Constituição Cidadã não previu único modelo de entidade familiar, alçando o afeto a categoria jurídica determinante da noção de família, conforme se demonstrará.

A família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros (LÔBO, 2011, p. 62).

O princípio da dignidade da pessoa humana é um macro princípio, do qual decorrem as garantias à liberdade, autonomia privada e igualdade. Em decorrência do dever de respeito imposto a todos pelo conjunto de valores da dignidade humana, inclusive ao Estado, não é permitido ignorar a orientação sexual do sujeito de direitos, como condição pessoal do indivíduo (DIAS, 2011, p. 198).

Na seara dos direitos hereditários, sucessão significa muito mais do que simplesmente receber patrimônio em função da morte de alguém. O direito de suceder a outrem constitui importantíssima função social, garantia da pessoa natural, conferindo muitas vezes a noção de continuidade daquele que morreu e com quem se possuía íntima relação (GAMA, 2007, p. 4).

Desse modo, ser capaz de suceder a outrem envolve as noções de respeito à dignidade da pessoa humana e igualdade. Não é admissível, portanto, proceder-se à discriminação por orientação sexual com a exclusão de direitos sucessórios, haja vista tratar-se de característica integrante da personalidade e, portanto, constitucionalmente albergada pelos valores extraídos do referidos princípios.

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais da subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar. O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios, que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça (BARROSO, 2010, p. 252-253).

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe a valorização do indivíduo e o respeito aos traços que compõe sua identidade, dentre eles a orientação sexual. Este quadro é garantido mediante a promoção de efetiva proteção (aspecto positivo) pelo ente Estatal, a abstenção de lesões ilegítimas, seja pelo Estado ou pela coletividade.

2 DIREITO DAS SUCESSÕES: NOÇÕES GERAIS E MODELOS APLICADOS

A palavra *Sucessão* transmite a ideia de existência de relação de ordem, de continuidade, na qual uma sequência de coisas determina aquilo que vem para colocar-se na posição de qualquer outra coisa.

Na etimologia jurídica, mesmo genericamente, a sucessão conduz sentido de *substituição*, compreendendo-se a vida de uma coisa ou de pessoa para colocar-se no lugar, ou na posição ocupada por outra, investindo-se na mesma situação jurídica, que mantinha a outra coisa, ou a outra pessoa. (SILVA, 2010, p.701).

De modo mais técnico, a sucessão afigura-se como transmissão de bens e/ou direitos a uma ou mais pessoas, operando-se entre vivos, em consequência de ato ou contrato voluntário das pessoas, ou *causa mortis*. No último caso, a transmissão ocorre com a transferência de bens e direitos oriundos do patrimônio deixado por uma pessoa falecida, operando-se por disposição de última vontade ou por imposição legal. É da sucessão *causa mortis* que se irá tratar ao longo deste trabalho, em especial da transmissão de bens e direitos entre companheiros (as) homoafetivos.

O Código Civil traz em seu Livro IV as disposições concernentes ao Direito de Família. O capítulo X do referido Livro, intitulado “Da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal” é inaugurado pelo artigo 1.571, que conta com a seguinte redação:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:
I – pela morte de um dos cônjuges;
II – pela nulidade ou anulação do casamento;
III – pela separação judicial;
IV – pelo divórcio;
(...) **(grifei)** (BRASIL, 2014, p. 348).

Desse modo, tem-se que a morte de um dos cônjuges ocasiona a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, abrindo, ainda, a sucessão com a transmissão da herança aos herdeiros, conforme dito. Para Salomão de Araujo CATEB (2008, p. 6), a sucessão *causa mortis*

vem a ser a transmissão do patrimônio de uma pessoa morta para uma ou mais pessoas vivas. O patrimônio, o conjunto de direitos e obrigações, de créditos e débitos, é, sob certo aspecto, sinônimo de herança. A sucessão é um dos fenômenos de maior importância para o Direito. Se sucessão é sinônimo de aquisição de direitos, compreende-se que sem ela não se poderá conceber a ordem jurídica.

É de interesse estatal a preservação do patrimônio dentre os familiares e pessoas próximas ao de *cujus*. Ainda, o direito a herança é direito fundamental,

previsto no artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal³ como garantia do indivíduo. Por essa razão, vige no Direito das Sucessões o Princípio da *saisine*, de acordo com o qual a posse da universalidade dos bens, direitos e deveres do falecido transfere-se aos herdeiros desde o momento de sua morte, de forma imediata (NICOLAU, 2011, p.11).

O Princípio da *saisine* sedimenta a ideia de que não há patrimônio sem titular, estando consagrado, em nosso ordenamento jurídico, no artigo 1.784 do Código Civil. Conforme o dispositivo legal, “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Destaca-se que aos que optam pela formação de entidade familiar mediante união estável não é dispensado o mesmo tratamento jurídico sucessório conferido às famílias formadas através do casamento. Nesse capítulo, portanto, cuidar-se-á da análise do direito das sucessões e das diferentes regras aplicáveis às entidades familiares formadas através de casamento e de união estável.

2.1 Direito Sucessório e Casamento

O conceito de família sofreu inúmeras mudanças nos últimos anos. A instituição social que antes espelhava e servia às relações estatais passou a se privatizar cada vez mais, não obstante mantenha relação de dependência com o âmbito público (ARAUJO, 2011, p. 436).

Nesse contexto, é possível dizer que o casamento, ainda hoje, representa o modelo idealizado de entidade familiar. No ordenamento jurídico brasileiro, foi previsto em todas as Constituições Federais confundindo-se com o próprio conceito de família (DIAS, 2011, p.146).

Antes do advento da República, em 1889, o único modelo de casamento previsto era o religioso, de modo que a religião apresentava-se como fator determinante da moralidade. A partir da Constituição Federal de 1891, o casamento

³Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXX - é garantido o direito de herança;

civil passou a ser admitido, porém de modo indissolúvel e a ideia de que família apenas se constituiria através do matrimônio se manteve até a promulgação da Constituição Cidadã de 1988 (LOUZADA, 2011, p. 268).

DINIZ (2010, p. 37) conceitua casamento como

a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade. Logo, o matrimônio é a peça-chave de todo o sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do país.

O texto do Código Civil de 1916 não previa modelos de entidade familiar diversos do casamento. Em que pese o alargamento do conceito de família pela Constituição Federal, o Código Civil de 2002 limitou-se a copiar as disposições anteriores sobre o tema, dedicando ao casamento o total de 110 artigos, ao passo que em relação à união estável apenas incorporou, de modo pouco detalhado, 5 dispositivos ao Livro IV da parte especial, sem sequer mencionar as famílias monoparentais.

Destaca-se que a Lei Civil não determina um conceito de casamento, impondo, apenas, requisitos e regras gerais acerca do tema. Para DIAS (2011, p. 148), casamento

tanto significa o ato de celebração do matrimônio como a relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão de vidas, ou comunhão de afetos. O ato do casamento cria um vínculo entre os noivos, que passam a desfrutar do estado de casados. A plena comunhão de vida é o efeito por excelência do casamento.

Ainda, juridicamente, casamento “designa o contrato solene que, gerando a sociedade conjugal ou formando a união legítima entre o homem e a mulher, vem estabelecer os deveres e obrigações recíprocas, que se atribuem a cada um dos cônjuges” (SILVA, 2010, p. 145).

Feitas tais considerações, tem-se que em sede de sucessão aberta em função da morte, duas são as espécies previstas no Código Civil, quais sejam: sucessão legítima e sucessão testamentária. A sucessão testamentária é a permissão legal de que o autor da herança indique, por meio de negócio jurídico unilateral denominado testamento, aqueles que serão seus sucessores e em que proporção. Omitindo-se nesse sentido, contudo, terá lugar a sucessão legítima, com ordem de vocação hereditária determinada pela lei (NICOLAU, 2011, p. 3).

O Código Civil de 1916 trazia os artigos concernentes às disposições de última vontade antes daquelas relativas à sucessão legítima. De acordo com GAMA (2007, p. 9), o Código Civil de 2002 inverteu essa ordem, em evidente proteção à sucessão legítima.

Desse modo, cumprindo o disposto no *caput* do artigo 226 da Constituição Federal⁴, no sentido de haver especial proteção das famílias constitucionais pelo Estado, nota-se a imposição de restrições à autonomia da vontade do testador em prol da sucessão legítima.

O novo sistema jurídico introduzido pelo CC em relação ao Direito das Sucessões revela-se mais voltado à priorização dos interesses social e familiar na sucessão, rebaixando a importância da autonomia da vontade para alterar os efeitos da sucessão *ex lege* ou *ab intestato* (GAMA, 2007, p. 9).

Dentre os herdeiros legítimos encontra-se o cônjuge, o esposo ou a esposa unido ao autor da herança pelos laços matrimoniais do casamento. Isso porque, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o vínculo formado pelo casamento alça o cônjuge à posição de herdeiro necessário, constituindo, ao lado dos descendentes e ascendentes, freio à liberdade de testar. Os herdeiros necessários são espécie dos herdeiros legítimos que não podem ser excluídos por vontade do testador, a menos que se enquadrem em hipóteses excepcionais previstas em lei, como nos casos de deserção (GAMA, 2007, p. 12).

Visando a proteção da família do de *cujus* contra seu arbítrio, conforme referido anteriormente, o patrimônio do autor da herança é dividido em duas partes, uma disponível e a outra inalterável, também chamada de legítima. A legítima é, portanto, a porção do patrimônio que “a lei separa, obrigatoriamente, aos parentes do de *cujus* em linha reta, quer descendente, quer ascendente, e ao cônjuge, chamados à sucessão.” (CATEB, 2008, p. 101).

Do acima exposto, conclui-se que o cônjuge não pode ser excluído da sucessão por vontade do autor da herança, estando na privilegiada posição de herdeiro necessário por expressa imposição legal. Dispõem os artigos 1.845 e 1.846 do Código Civil:

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

⁴Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Art. 1846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima. (BRASIL, 2014, p. 365)

A legítima, por sua vez, é a fração da herança reservada aos herdeiros necessários, dentre eles o cônjuge, por imposição da lei. Quanto ao cálculo desta reserva de patrimônio, o artigo 1.847 do Código Civil⁵ determina o abatimento de dívidas e despesas funerárias, com a divisão do resultado obtido em duas partes iguais, sendo uma delas a legítima (NICOLAU, 2011, p. 52).

Desse modo, tem-se que a inclusão do cônjuge no rol dos herdeiros legítimos necessários foi, sem dúvida, uma das maiores alterações realizadas na Lei Civil. O código de 1916 classificava o cônjuge como herdeiro legítimo facultativo, ao lado dos parentes colaterais, podendo, portanto, ser excluído da sucessão legítima por simples manifestação de vontade do testador.

Outra importante alteração diz respeito ao direito real de habitação. No diploma legal anterior apenas o cônjuge casado pelo regime da comunhão universal de bens possuía o direito de permanecer residindo em imóvel do falecido utilizado para a residência da família e apenas enquanto permanecesse viúvo. O artigo 1.831 do Código Civil de 2002⁶ não restringiu tal direito a nenhum regime de bens, bem como não previu perda do direito real de habitação com a constituição de nova família pelo cônjuge sobrevivente, seja pelo casamento ou pelo companheirismo (GAMA, 2007, p. 109).

Depreende-se do acima dito que o cônjuge sobrevivente, herdeiro necessário do de *cujus*, não necessita fazer prova de esforço comum para a formação do patrimônio hereditário. Em relação ao companheiro, por exemplo, conforme se demonstrará no próximo item, o cônjuge “está em posição visivelmente mais confortável, bastando para o recebimento de sua quota hereditária a exibição judicial da certidão de casamento e da certidão de óbito do autor da herança” (VARGAS, 2011, p. 50).

Sabe-se que o casamento é conceituado como negócio jurídico firmado entre um homem e uma mulher, não havendo, portanto, previsão de casamento entre

⁵ Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.

⁶ Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

pessoas do mesmo sexo em nossa Lei Civil. Há, conforme será discutido, uma negativa do ordenamento jurídico em interpretar uniões homoafetivas como relações análogas ao casamento em razão, principalmente, do conservadorismo e dos valores morais até hoje associados ao matrimônio civil.

2.2 Direito Sucessório e União Estável

O código de 1916 era omissivo em relação às uniões formadas por meios diversos do matrimônio, como uma tentativa de proteção à instituição do casamento. No entanto, uniões extramatrimoniais sempre existiram, de modo que os (as) companheiros (as) encontravam-se legalmente desamparados em caso de dissolução do vínculo que os unia, fosse por vontade das partes ou em decorrência da morte.

Em uma tentativa de reduzir as injustiças que a ausência de previsão legal trazia àqueles que se uniam em relação de companheirismo, os tribunais passaram a conceder alimentos sob o nome de *indenização por serviços domésticos*. Como essa solução não se demonstrava satisfatória, principalmente nos casos de dissolução por morte, a jurisprudência passou a utilizar-se da doutrina da sociedade de fato, de acordo com a qual a partilha de bens dependia da comprovação de efetiva colaboração financeira de cada companheiro na formação ou aumento do patrimônio (DIAS, 2011, p. 168).

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a ideia de família recebeu nova conceituação, com denominação genérica de *entidade familiar*, e as uniões extramatrimoniais passaram a receber também especial proteção do Estado nos termos do artigo 226, §3º, da Carta Magna⁷. Esse dispositivo legal determina seja facilitada a conversão da união estável em casamento, o que significa dizer que a Constituição Federal outorga ao companheirismo o mesmo status atribuído ao casamento, não cabendo identificar diferenciações.

⁷Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...) § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

“Com isso, a união estável perde o *status* de sociedade de fato e ganha o de entidade familiar (...)” (DINIZ, 2010, p.374). Todavia, a previsão da união estável dentre as entidades familiares não foi suficiente para o reconhecimento de direitos e para a efetiva aplicabilidade do dispositivo legal citado, pelo que duas leis foram editadas para tanto.

A L.8.971/94 assegurou direito a alimentos e à sucessão do companheiro (...) só reconhecendo como estáveis as relações existentes há mais de cinco anos ou das quais houvesse nascido prole. (...) Assegurou ao companheiro sobrevivente o usufruto sobre parte dos bens deixados pelo de *cujus*. No caso de inexistirem descendentes ou ascendentes, o companheiro (tal como o cônjuge sobrevivente) foi incluído na ordem de vocação hereditária como herdeiro legítimo. A L.9.278/96 (...) não quantificou prazo de convivência e albergou as relações entre pessoas separadas de fato. Além de fixar a competência das varas de família para o julgamento dos litígios, reconheceu o direito real de habitação (DIAS, 2011, p.169).

O Código Civil de 2002, em que pese traga título específico sobre o tema dentro do Livro IV, destinado ao Direito de Família, não conceitua união estável, tarefa reservada à doutrina. Para DINIZ (2010, p. 373), ao matrimônio se opõe o companheirismo, “consistente numa união livre e estável de pessoas livres de sexos diferentes, que não estão ligadas entre si por casamento civil”.

Tal conceito pode ser complementado pelas palavras de DIAS (2011, p. 170) ao referir que

nasce a união estável da convivência, simples fato jurídico que evolui para a constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam dessa relação. O que se exige é a efetiva convivência *more uxorio*, com características de união familiar, por um prazo que denote estabilidade e objetivo de manter a vida em comum entre o homem e a mulher assim compromissados.

Em sede de Direitos Sucessórios, a Lei Civil é considerada pela doutrina majoritária um retrocesso aos avanços conseguidos por meio da Lei 8.971/94, que regulava o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Nos termos da referida Lei, o (a) companheiro (a) sobrevivente possuía direito a herança ainda que os bens integrantes do acervo não tivessem sido adquiridos na constância da união e mesmo que a aquisição tivesse se operado gratuitamente.

De acordo com o *caput* do artigo 1.790 do Código Civil⁸, todavia, o companheiro terá direito à herança apenas quanto aos bens adquiridos a título

⁸Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:
I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

oneroso e durante a convivência, em flagrante distinção ao tratamento sucessório dispensado às uniões matrimoniais. Ademais, conforme os incisos do referido artigo, além de possuir direito apenas em relação aos bens referidos, o (a) companheiro (a) concorre com filhos comuns que tenha tido com o de *cujus*, caso em que terá direito a quota equivalente à atribuída aos descendentes, com descendentes apenas do falecido, quando terá direito à metade do que couber a cada um deles e, ainda, com os ascendentes e colaterais, quando lhe competirá 1/3 da herança, e dos bens tocantes à união estável (CATEB, 2008, p. 84).

De qualquer forma, o dispositivo legal em comento restringiu o direito de herança dos (as) companheiros (as) em limitação não oposta pela Lei 8.971/94, aos bens adquiridos na constância da união estável de modo oneroso. Desse modo, ainda que o (a) companheiro (a) sobrevivente tenha direito a totalidade da herança, por não haver parentes sucessíveis, não estarão aí incluídos os bens adquiridos anteriormente à união ou aqueles trazidos ao patrimônio de forma gratuita e os bens particulares do de *cujus* serão, em fria interpretação do dispositivo legal, considerados como herança vacante.

Ademais, “o novo CC, no artigo 1.831, somente se refere ao direito real de habitação do cônjuge sobrevivente. Contudo, não se referiu ao mesmo direito real em favor do companheiro por morte do outro” (GAMA, 2007, p. 109). A ausência de previsão do direito real de habitação na Lei Civil não é suficiente, todavia, para que se negue ao (à) companheiro (a) tal garantia, porquanto os Tribunais vêm reconhecendo e aplicando o referido direito uma vez que a união estável é modelo de entidade familiar, gozando, portanto, especial proteção do Estado, nos termos do já mencionado artigo 226 da Constituição Federal.

Esse é o entendimento pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que, em sede de Recurso Especial proferiu o seguinte voto, nas palavras do Ministro Relator Luis Felipe Salomão:

É bem verdade que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, não previu o direito real de habitação as companheiros. Ocorre que tal dispositivo tem despertado debates doutrinário e jurisprudencial de substancial envergadura. (...) Favorável à decretação da inconstitucionalidade do art.

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

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

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

1790 do CC, entendo não assistir razão ao espólio recorrente quando defende não ser possível o reconhecimento do direito real de habitação à companheira. (...) De fato, a redação do art. 1831 do CC não traz previsão expressa de direito real de habitação à companheira. Ocorre que a interpretação literal da norma posta conduziria à conclusão de que o cônjuge estaria em situação privilegiada em relação ao companheiro, o que deve ser rechaçado pelo ordenamento jurídico (...) Diante do exposto, entendo que deve ser mantido direito real à habitação concedido à companheira em relação ao imóvel onde reside o casal quando do óbito, nego provimento ao recurso especial (STJ, REsp 1.329.993,4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.12.2013.).⁹

Conforme dito anteriormente, uma das principais mudanças promovidas pelo Código Civil de 2002 em sede de direitos sucessórios foi a inclusão do cônjuge no rol de herdeiros necessários, em patamar de igualdade com descendentes e ascendentes do de *cujus*. Por outro lado,

a novel legislação civil revoga as leis de 94 e 96, regulando inteiramente em seu art. 1.790, de maneira canhestra, a sucessão dos companheiros aberta após 11 de janeiro de 2003 (...) Os retrocessos sucessórios impingidos à união estável por este dispositivo legal são patentes (VARGAS, 2011, p. 63, 64).

Ainda que se discuta a revogação tácita das disposições trazidas pelas Leis 8.971/94 9.278/96 com a promulgação do Código Civil de 2002, nos termos do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁰, a interpretação do artigo 1.790 do Código Civil mediante ótica constitucional leva a crer que as diferenciações estabelecidas entre casamento e união estável em sede de direitos sucessórios são infundadas.

Tanto o casamento quanto a união estável definem-se como modelos de convívio formados a partir de elo afetivo, possuindo como única diferença a forma de sua constituição, pela celebração do matrimônio no primeiro e pela convivência na segunda. Para DIAS (2011, p. 2011), a lei que trata de modo diferente o casamento e a união estável deve ter seu texto tido por não escrito, ineficaz e inconstitucional, porque a proteção assegurada às famílias é garantia constitucional, não cabendo inovar onde a Constituição não o faz.

⁹ Disponível em www.revistadoatribunais.com.br. Acesso em 04.ago.2014.

¹⁰ Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

2.3 Direito Sucessório e Sociedade de Fato

Conforme dito anteriormente, suceder é substituir outrem em uma relação jurídica tendo por causa ato entre vivos ou o fato morte. O Direito das Sucessões afigura-se como ramo da ciência jurídica que regula a transmissão de direitos e obrigações em razão da morte, daquele que morre aos seus herdeiros, tendo por principal objetivo manter o patrimônio adquirido pelo de *cujus* no grupo familiar (RIZZARDO, 2011, p. 5 e 10).

No caso das uniões homoafetivas, no entanto, a doutrina e a jurisprudência mais conservadoras buscam solucionar os conflitos hereditários evocando o instituto negocial da sociedade de fato. Tal instituto foi inicialmente aplicado às uniões estáveis estabelecidas entre homens e mulheres, por falta de regramento específico, estendendo-se, também, sobre uniões homoafetivas e pressupondo a conjugação de esforços na formação e na manutenção de patrimônio comum (VARGAS, 2011, p. 31).

A descrição de sociedade de fato é encontrada em sede de Direito Empresarial, podendo ser definida da seguinte forma:

A sociedade sem registro é chamada, na doutrina, de sociedade irregular, ou “de fato”. (...) Não se trata de novo tipo societário, mas de uma situação em que a sociedade empresária ou simples pode eventualmente se encontrar: a de irregularidade caracterizada pela exploração de negócios sem o prévio registro exigido pela lei (COELHO, 2007, p.124-125).

Em uma primeira leitura do acima colacionado já é possível compreender que tal conceito em nada se relaciona às entidades familiares, sejam elas formadas por pessoas de mesmo sexo ou de sexos opostos. Todavia, na tentativa de tutelar os direitos do (a) companheiro (a) quando da dissolução da relação, por morte ou pela vontade das partes, operou-se a ficção jurídica de comparar a união homoafetiva ao conceito trazido pelo artigo 981 do Código Civil, que assim dispõe: “Celebaram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

Em 1964, sob a égide do Código Civil de 1916, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 380, a fim de regular as situações de concubinato, equiparando-as às sociedades de fato ao firmar o entendimento de que “Comprovada a existência de

sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” (BRASIL, 2014, p. 2073). Nesse sentido, ao equipararem-se as uniões homoafetivas às sociedades de fato, permite-se a partilha do patrimônio adquirido na constância da união e mediante esforço comum dos (as) companheiros (as).

Nesse sentido, “tratando-se de sociedade de fato, com o falecimento do companheiro, não haverá direitos sucessórios, mas tão somente a metade do patrimônio que comprove a sua participação.” (LOUZADA, 2011, p. 408). Ainda, para caracterização da sociedade de fato, e conseqüente distribuição patrimonial, a prova de companheirismo não é suficiente, havendo a necessidade do preenchimento de requisitos, quais sejam: a) comunhão de interesses visando fim comum; b) formação, ou incremento, de patrimônio durante a convivência; e c) esforço comum na constituição deste patrimônio (VARGAS, 2011, p. 34).

Na doutrina da sociedade de fato, apenas com a reunião dos pressupostos citados é conferida a partilha do patrimônio em comum. No entanto,

em sede de sociedade de fato, não se discute direito sucessório propriamente. Ocorre apenas partilha do patrimônio comum, o que também se daria na hipótese de dissolução da sociedade por vontade das partes, por exemplo (VARGAS, 2011, p. 34).

É possível perceber, nesse contexto, a confusão efetuada entre *affectio maritalis* e *affectio societatis*, ou seja, entre intenção de constituir família, através de laços de afetividade e partilha da vida em comum, e o ânimo de associação com finalidade de desenvolver atividade empresarial, em busca de lucros. Assim, a corrente da sociedade de fato não vê nas uniões homoafetivas a formação de entidades familiares, a medida que trata os (as) companheiros (as) como sócios, reconhecendo apenas a união de esforços para o desempenho de atividade de caráter patrimonial.

Ainda, quanto à prova da existência de sociedade de fato entre companheiros (as) homossexuais, destaca-se a existência nos Tribunais de duas correntes, consubstanciadas pelas Teorias da Contribuição Direta e da Contribuição Indireta. Para a Teoria da Contribuição Direta, ao (à) companheiro (a) sobrevivente é necessário demonstrar participação direta e econômica na construção do patrimônio hereditário.

Nesse sentido,

Civil. Recurso especial. União homoafetiva. Sociedade de fato. Partilha. Patrimônio amealhado por esforço comum. Prova. 1. Esta Corte Superior, sob a ótica do direito das obrigações (art. 1.363 do CC/1916) e da evolução jurisprudencial consolidada na Súmula n.º 380/STF, firmou entendimento, por ocasião do julgamento do REsp n.º 148.897/MG, no sentido da possibilidade de ser reconhecida sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, exigindo, para tanto, a demonstração do esforço comum para aquisição do patrimônio a ser partilhado. 2. A repartição dos bens, sob tal premissa, deve acontecer na proporção da contribuição pessoal, direta e efetiva de cada um dos integrantes da dita sociedade. 3. "A aplicação dos efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável a situação jurídica dessemelhante, viola texto expresso de lei, máxime quando os pedidos formulados limitaram-se ao reconhecimento e dissolução de sociedade de fato" (REsp n.º 773.136/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 13/11/2006). 4. Recurso especial provido. (STJ, REsp 704.803/RS (2004/0162027-0), Rel. Des. Convocado Min. Vasco Della Giustina, j. 16/12/2010)¹¹.

Conforme se depreende do fragmento acima colacionado, a prova da contribuição financeira direta dificulta a demonstração da existência da sociedade de fato, mormente em relacionamentos longos. A necessidade de prova de contribuição direta aumenta as chances de locupletamento dos herdeiros legítimos do de *cujus*, porquanto muitas vezes um (a) dos (as) companheiros (as) contribuiu para a formação do patrimônio comum, porém não com valores auferíveis em pecúnia (VARGAS, 2011, p. 38).

Ante a dificuldade exposta, observou-se uma tendência dos Tribunais à flexibilização das decisões sobre partilha de bens em uniões homoafetivas, com sua aproximação a Teoria da Colaboração Indireta. De acordo com esse entendimento, a meação do patrimônio é concedida ao (à) companheiro (a) sobrevivente mediante a prova de contribuição indireta, ou seja, por meios diferentes de dinheiro.

“Por contribuição indireta pode-se entender qualquer prestação, que não seja aporte financeiro direto, mas que, de alguma forma, contribua para a configuração do ‘esforço comum’ entre os companheiros” (VARGAS, 2011, p. 39). Assim, por contribuição indireta entende-se que se um dos integrantes da relação contribuiu mediante prestação de trabalhos domésticos, cuidados com membros da família e filhos ou até mesmo com a troca de afeto provada está a colaboração para formação do patrimônio, devendo este ser partilhado. Nesse sentido,

CONCUBINATO - Sociedade de fato - Reconhecimento da contribuição indireta da ex-companheira na constituição do patrimônio amealhado durante o período de convivência "more uxório" - Realização de tarefas de gerenciamento do lar, aí incluídas a prestação de serviços domésticos -

¹¹ Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br>. Acesso em: 04 ago.2014

Comprovação do esforço comum aludido na Súmula 380 do STF - Direito à partilha proporcional - Voto vencido.

Ementa Oficial:

Ementa oficial: I - Constatada a contribuição indireta da ex-companheira na constituição do patrimônio amealhado durante o período de convivência *more uxorio*, contribuição consistente na realização das tarefas necessárias ao regular gerenciamento da casa, aí incluída a prestação de serviços domésticos, admissível o reconhecimento da existência de sociedade de fato e do conseqüente direito à partilha proporcional.

II - Verificando que haja sido significativa para a formação de tal patrimônio a diminuição de despesas (economia) proporcionada pela execução das atividades de cunho doméstico pela ex-companheira, há que se reconhecer patenteadamente o "esforço comum" a que alude o Enunciado 380 da Súmula/STF. (STJ, REsp38.657-8, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 22/03/1994).¹²

Ainda que a Teoria da Contribuição Indireta demonstre esforço no sentido de evitar o enriquecimento ilícito de pessoas próximas ao de *cujus* que, na maioria das vezes, não lhe prestaram nenhum tipo de auxílio na formação de seu patrimônio, a fim de proteger o (a) companheiro (a) que contribuiu para amealhar bens, trata-se, assim como a Teoria da Contribuição Direta, de abordagem desrespeitosa. Isso porque, tais correntes ignoram a afetividade existente nas relações homoafetivas, através da adoção de solução diversa das previstas pelo Direito Sucessório.

(...) a doutrina majoritária ainda teima em classificar as uniões homoafetivas como análogas às sociedades de fato, olvidando-se que o que une estas pessoas é o afeto e não a intenção de lucro. Neste sentir, a se aceitar a ideia de sociedade de fato às uniões homoafetivas, os parceiros não terão direitos sucessórios, eis que não se cuidariam de entidades familiares (LOUZADA, 2011, p.395).

Cabe, neste ponto, breve análise da expressão *homoafetividade*. Utilizado para caracterizar vínculos de afeto e solidariedade entre parceiros (as) de igual sexo, o termo foi criado pela jurista Maria Berenice Dias, em sua obra "União Homossexual, o preconceito e a justiça" visando destacar o caractere definidor da formação de entidades familiares, e conseqüentemente da concessão de direitos sucessórios, qual seja a afetividade, conforme se demonstrará.

¹² Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 04 ago.2014

3 UNIÕES HOMOAFETIVAS, CONSTITUCIONALIZAÇÃO, DESPATRIMONIALIZAÇÃO E REPERSONIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Há no ordenamento jurídico brasileiro forte movimento no sentido de flexibilização de conceitos legais positivados pelo Direito Civil através de princípios e normas constitucionais, mormente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Tal elasticidade diz respeito, principalmente, ao Direito das Famílias e Sucessões, haja vista que alça o indivíduo ao papel de protagonista do ordenamento.

PENA JÚNIOR (2008, p. 07) define as expressões *constitucionalização*, *despatrimonialização* e *repersonificação* da seguinte forma:

Quanto à **constitucionalização** do Direito Civil, verificamos que ela busca transferir toda problemática antes reservada à órbita civilística para o âmbito constitucional, submetendo o Direito Civil, com seus princípios fundamentais, aos preceitos constitucionalmente instituídos. (...) Já a **despatrimonialização** do Direito Civil (com seus estatutos e bens jurídicos) nos remete a uma revisão de conceitos jurídicos, deixando para trás interesses patrimoniais (...) em prol de valores imateriais, tais como: afetividade, dignidade, liberdade, solidariedade, igualdade, educação, etc. (...) E, por último, o fenômeno da **repersonificação**, valorizando os direitos da pessoa humana que vive em sociedade, colocando-os em uma posição de destaque quando comparados com os direitos provenientes da propriedade, passando o patrimônio para posição secundária. Nela predomina o sujeito como centro do Direito Civil. (grifei)

Brevemente, há que se diferenciar neste ponto os conceitos de *neoconstitucionalismo* e *constitucionalização do direito*. No Brasil, o marco do neoconstitucionalismo é a Constituição de 1988, responsável pela transição de um regime totalitário para o modelo de Estado Democrático de Direito (BARROSO, 2011, p.143).

Ainda conforme BARROSO (2011, p. 143), a constitucionalização do direito refere-se a um efeito expansivo das normas de caráter constitucional, com irradiação de seu conteúdo sobre todas as normas de direito infraconstitucional. Assim, a Constituição, além de norma hierarquicamente superior, passa a ser um modo de olhar e interpretar os demais ramos do direito servindo como *sistema de filtragem constitucional*.

Especificamente em relação ao Direito Civil, a Constituição Federal traz alterações específicas no modelo anteriormente vigente, com a imposição do fim da

supremacia do marido no casamento, da igualdade entre os filhos e da função social da propriedade, apenas para citar alguns exemplos. Contudo, inúmeras transformações, ainda que implícitas no texto constitucional, estão albergadas pelo movimento de constitucionalização e repersonificação do Direito Civil, consubstanciadas no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto e a partir da centralização do indivíduo nas relações jurídicas privadas, a serem interpretadas através de ótica constitucional, devem ser estudados os modelos de entidades familiares existentes. Ainda, considerando os fenômenos da despatrimonialização e repersonificação do Direito Civil, se confere o caráter de família às uniões formadas por pessoas do mesmo sexo, conferindo-lhes todos os direitos reservados às uniões heterossexuais, incluindo-se os Direitos Sucessórios.

3.1 Das Transformações Promovidas pela Constitucionalização do Direito e do Conceito Constitucional de Família

A concepção de família vem sendo alterada através dos anos. Essa instituição teve suas função, natureza e composição modificadas mormente a partir do Estado Social vigente ao longo do século XX (LÔBO, 2011, p. 17).

A visão conservadora de família patriarcal, de função religiosa, política econômica e procriacional, estabelecia íntima relação entre a configuração jurídica de família e o modelo de Estado adotado. O âmbito familiar e sua organização eram úteis à organização da convivência pública, de modo que esta última se fundava sobre a primeira em um modelo de regulação social e familiar traçado de cima para baixo. Conforme SIMÃO (2011, p. 348), a família legítima decorria apenas do matrimônio, enquanto as famílias tidas por ilegítimas, formadas por vínculos diferentes do casamento formal, eram postas à margem do Direito.

Nítida, assim, a confusão existente entre moral e direito na conceituação da família, sendo reconhecido apenas o conjunto de indivíduos hierarquicamente organizados em uma ordem patrimonialista e patriarcal, na qual o complexo formado pelo núcleo familiar era considerado mais relevante do que os membros da família individualmente considerados, estando estes subordinados ao chefe da pequena

comunidade privada. Nesse contexto, a negativa de acolhimento da união entre pessoas do mesmo sexo pelo Direito de Família não causa espanto.

A partir da segunda metade do século XX, todavia, surgem novas perspectivas na tentativa de definição do conceito de família em decorrência das grandes transformações sociais registradas. O declínio do modelo institucional de família é iniciado, principalmente, por uma nova compreensão de direitos e igualdade entre os cônjuges, por meio da instauração de relações familiares que privilegiem a satisfação afetiva conjunta de seus integrantes.

A família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, Império e durante boa parte do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988 (LÓBO, 2011, p.17).

Na década de oitenta, e no Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, há a superação do conceito de família subordinada à realização de fins sociais e estatais. Conforme MEDEIROS e NELSON (2013, p. 265), a família perdeu seu caráter econômico, de acordo com o qual a maior quantidade de componentes representava maior capacidade produtiva, bem como sua função procriacional, ante o estabelecimento de igualdade entre homens e mulheres e o destaque destas no mercado de trabalho e na sociedade como um todo.

A família moderna é, agora, fundada sobre relações de solidariedade, possuindo por principal função a afetividade e consolidando o predomínio da individualidade de cada um dos membros da entidade familiar sobre a comunidade familiar. Assim,

da família matrimonial hierarquizada, em que o marido exercia a chefia da sociedade conjugal, chega-se na família democrática em, que não existe chefia, mas sim uma lógica do afeto e da conversa em busca do melhor interesse do grupo familiar. (LAGRASTA NETO; TARTUCE; SIMÃO, 2011, p. 172).

Os elementos constituidores da entidade familiar, como sexo, amor, amizade, devem, portanto, ser repensados de forma a concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana nas relações estabelecidas entre seus membros. Ainda, nesse contexto, não cabe mais ao Estado ter na família instrumento de regulação social, mas sim instituição a ser especialmente protegida, constituindo direito subjetivo público de seus integrantes tal proteção.

A necessidade de compreensão do Direito Privado através dos cânones do Direito Constitucional perpassa, também, o Direito de Família e da própria

compreensão do que vem a ser uma entidade familiar. Em que pese a manutenção de fortes interesses patrimoniais no texto do Código Civil de 2002, a repersonalização das relações familiares eleva a pessoa humana ao centro do direito, aqui com fulcro na afetividade.

Se, no modelo codificado de família de 1916, os interesses protegidos eram fundamentalmente aqueles relacionados à pessoa do homem – na condição de marido e de pai – e ao patrimônio por ele constituído – logicamente que contando com a colaboração e o trabalho dos demais, especialmente na época em que a população brasileira era majoritariamente rural -, o perfil da nova família desconsidera tais interesses para reconhecer todos os seus integrantes como pessoas humanas e, como tais, titulares de direitos e de interesses especialmente de natureza existencial, como os direitos da personalidade (GAMA, 2008, p. 118).

Nesse contexto, os laços sanguíneos eventualmente existentes entre os membros de uma família são menos relevantes do que os laços de afetividade. O tratamento igualitário entre filhos biológicos, havidos fora do casamento e adotados conferido pelo artigo 227, § 6º, da Constituição Federal¹³ é exemplo de que a convivência familiar é elemento essencial na constituição da família, mediante a valorização de aspectos existenciais.

Do acima exposto, PENA JÚNIOR (2008, p. 7) conclui que o casamento não se constitui mais em base da família, de modo que esta poderá ser constituída sem o matrimônio. Além disso, não existe diferença entre família e entidade familiar e os filhos de outros casamentos de um dos cônjuges, ou de ambos, também integram o conjunto familiar.

Não se pretende com isso afirmar a irrelevância de questões patrimoniais em âmbito familiar. Certamente o patrimônio proporciona condições de desenvolvimento aos membros da entidade familiar. Porém, a afetividade passa a ser entendida como categoria jurídica, através da qual se deve compreender a formação de diferentes modelos familiares.

Nesse diapasão, considerando a desnecessidade de matrimônio para a formação da família, bem como de vínculos sanguíneos para tanto, tem-se que o afeto é o denominador comum entre as diferentes e possíveis entidades familiares

¹³Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...) § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

(GAMA, 2008, p. 129). A afetividade é, portanto, o ponto chave para a constituição de família, pelo que não é possível haver distinções entre suas diferentes formatações.

Nesse contexto de valorização das relações existenciais vivenciadas em âmbito familiar, faz-se necessária a adoção pelos operadores do direito de uma postura voltada a ver a pessoa humana em toda a sua capacidade e não como simples sujeito da relação jurídica, principalmente porque a legislação civil segue rígida e repleta de previsões patrimonialistas de direito de família (LÔBO, 2011, p. 451).

DIAS (2011) defende a utilização do referencial da afetividade como identificador das estruturas a serem juridicamente qualificadas como famílias. Defende, portanto, que todos os relacionamentos originados na afetividade se encaixem na nova e pluralista visão de família, independentemente de suas configurações.

(...) O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. (...) É necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que autorize nominá-las como família. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e compromentimentos mútuos. Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios têm por substrato exclusivamente a vontade, enquanto o traço diferenciador do direito da família é o afeto (DIAS, 2011, p. 43).

3.2 Das Entidades Familiares Constitucionalmente Previstas e da Família Homoafetiva

O artigo 226 da Constituição Federal conta com a seguinte redação:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

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

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 2014. p. 131,132).

Do dispositivo colacionado depreende-se que o legislador constituinte optou por consagrar em nosso ordenamento jurídico modelo de pluralidade familiar, em evidente substituição ao modelo anterior de família matrimonial. Além da entidade familiar constituída pelo casamento, o texto constitucional identificou como entidade familiar a relação de companheirismo, através da união estável, e a família monoparental, conferindo especial proteção do Estado a todas elas (GAMA, 2008, p. 135).

O casamento e a união estável foram conceituados no capítulo anterior, bem como relacionados aos seus efeitos sucessórios. Já a família monoparental constitui-se como entidade familiar formada por qualquer um dos genitores e seus filhos, em flagrante necessidade de adequação à realidade social.

Como dito anteriormente, a afetividade é o traço determinante para a identificação e conceituação jurídica de entidade familiar. Outro não foi o entendimento do constituinte originário a medida que conferiu caráter familiar a uniões extramatrimoniais.

Nesse contexto, entende-se que as uniões formadas entre pessoas do mesmo sexo devem ser juridicamente qualificadas como famílias, uma vez que “as novas dinâmicas familiares tendem cada vez mais a valorizar a construção da felicidade e do bem-estar dos indivíduos considerados autonomamente” (RIOS, 2001, p.106). Ademais,

essa mutação social da família patriarcal para a família celular permite que as prestações vitais de afetividade e realização individual sejam atingidas, perdendo importância a sua antiga áurea sagrada e os tabus deitados sobre a maternidade e paternidade, parecendo interessar mais a formação natural e espontânea da família. (MADALENO, 2011, p.36).

Tem-se que após as referidas transformações, os valores extraídos do princípio protetor da dignidade da pessoa humana passaram a ser considerados, também, no seio familiar. Neste cenário, o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo é pertinente ao Direito de Família, sob pena de negarem-se inúmeros direitos subjetivos, como se demonstrará mais especificamente no campo dos Direitos Sucessórios, aos indivíduos integrantes desta relação.

Conforme RIOS (2001, p.108),

o direito de família contemporâneo ruma cada vez mais para a valorização das uniões de pessoas em que se estabelece uma comunhão de vida voltada para o desenvolvimento da personalidade, mediante vínculos sexuais e afetivos duradouros, sem depender mais de vínculos formais e de finalidades reprodutivas.

Portanto, o que se considera à caracterização de família, agora, é o reconhecimento da existência de uma comunidade afetiva, produto da vida em comum e da conjugação de mútuos esforços. Esta comunidade é construída mediante a junção de sexo e afeto na formação da vida comum dos participantes da relação.

Assim sendo, pessoas do mesmo sexo que vivem juntas e possuem os mesmos objetivos estão abrangidas pelo conceito constitucional de família (PENA JÚNIOR, 2008, p. 7). Inobstante a ausência de previsão expressa de uniões homoafetivas no artigo 226 da Constituição Federal, estas não se diferenciam das uniões estáveis heterossexuais, não sendo cabível negar o status de família a nenhum vínculo que tenha por base o afeto e que preencha os requisitos da estabilidade e da ostensibilidade.

Sendo assim, se duas pessoas do mesmo sexo decidem estabelecer comunhão plena de vida, cumprindo os deveres de lealdade, respeito e assistência, e estando unidas por laços afetivos sólidos e duradouros, deve esta relação ser reconhecida como entidade familiar e receber a efetiva tutela do Estado (PENA JÚNIOR, 2008, p. 170).

Destaca-se, por oportuno, que as uniões homoafetivas preenchem os caracteres acima descritos, sendo constituídas a partir da comunhão de vidas dos companheiros, de modo durável e estável, não havendo razão para a exclusão de tais uniões do âmbito jurídico familiar. Nesse particular, os direitos e obrigações decorrentes das uniões formadas entre pessoas do mesmo sexo devem ser tratadas pelo Direito de Família.

Ademais, não é possível sustentar a ideia de impossibilidade de concessão de efeitos jurídicos às uniões homoafetivas enquanto entidades familiares em face de lacuna legislativa. Isso porque, a Lei 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, no plano infraconstitucional, o conceito atual de família, já constitucionalmente previsto.

Criada com o objetivo de concretizar a proteção constitucionalmente conferida à família e coibir agressões físicas e psicológicas perpetradas contra mulheres no ambiente doméstico, a Lei Maria da Penha se constitui como lei de incidência nas esferas administrativa, civil e penal. Além de definir violência doméstica, criar disposições complementares ao Código Penal e regulamentar meios de prevenção, esse microssistema jurídico representa marco legislativo por trazer o conceito moderno de família baseado no afeto e na pluralidade em seu bojo (TEIXEIRA; MOREIRA, 2011, p. 277).

Os artigos 2º e 5º da Lei 11.340/2006 contam com a seguinte redação:

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

(...)

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

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

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por **vontade expressa**;

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

Parágrafo único. **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (grifei)** (BRASIL, 2014, p. 1827).

Ao reconhecer que as relações pessoais reguladas em seu texto independem de orientação sexual, a Lei Maria da Penha confere à família homoafetiva caráter de entidade familiar. Reconhece, também, a existência da família homoafetiva ao definir no artigo 5º, inciso II, família como comunidade constituída por vontade expressa, haja vista que casais homoafetivos são formados por duas pessoas do mesmo sexo que se aproximam e convivem por vontade expressa.

Nesse sentido, “já não cabe questionar a natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo, nem mesmo qualquer alegação de omissão legislativa para conceder efeitos jurídicos” (TEIXEIRA; MOREIRA, 2011, p. 288). Ainda, a Lei 8.009/1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, determina em seu artigo 1º que “o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável (...)” (BRASIL, 2014, p. 1493), de modo a evidenciar que outras formas de constituição familiar, diversas do casal, estão legalmente protegidas.

Destaca-se, nesse ponto, que até 1999, todas as ações atinentes às uniões homoafetivas tramitavam em Varas Cíveis comuns, porquanto tais uniões eram consideradas meras sociedades de fato, disciplinadas pelo regramento das sociedades de pessoas e, portanto, com relações atinentes ao direito obrigacional. Caso as demandas fossem ajuizadas em Varas de Família, o processo era extinto sem resolução do mérito por impossibilidade jurídica do pedido, sob o argumento de que companheiros (as) do mesmo sexo não compunham entidade familiar (OPPERMANN, 2011, p. 290).

Nesse ano, todavia, em decisão pioneira proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a competência para apreciar as uniões homoafetivas naquele estado passou a ser dos juizados especializados da família. Em seu voto, o Desembargador Breno Moreira Mussi posicionou-se pela remessa das ações envolvendo uniões homoafetivas às Varas de Família nos seguintes termos:

(...) A orientação sexual é direito da pessoa, atributo da dignidade. O fato de alguém se ligar a outro do mesmo sexo, para uma proposta de vida em comum, e desenvolver os seus afetos, está dentro das prerrogativas da pessoa. A identidade dos sexos não torna diferente, ou impede, o intenso conteúdo afetivo de uma relação emocional, espiritual, enfim, de amor, descaracterizando-a como tal. Esta circunstância é por demais relevante. **O fato de serem as litigantes do mesmo sexo não impediu a concretização de um relacionamento afetivo entre ambas, com conseqüências idênticas aos entretidos pelos casais de sexos diversos.**(...)Creio que na entrada do terceiro milênio, não cabe mais fazer de conta que a homossexualidade não existe, nem deixar constar na Constituição uma quota vazia, de cunho meramente formal, dizendo que é proibida a discriminação por sexo, mas, ao mesmo tempo, acatar que se continue discriminando, em tal matéria. É função do Direito acompanhar a evolução dos tempos e, na ausência de leis que venham a dirimir as questões homossexuais apresentadas, sejam elas entre homens ou entre mulheres, formar, através da jurisprudência, uma regulamentação da matéria, de acordo com as normas gerais do ordenamento jurídico. Com certeza, no caso em discussão, não estamos frente a um negócio jurídico, a ser solvido pelas varas cíveis generalistas. O relacionamento entre as partes foi bem mais além, pois teve curso, do início ao fim, nos sentimentos que estimulam emocionalmente as pessoas, cujas sutilezas correspondem ao que levou o legislador gaúcho especializar as varas de família. **Como a**

Constituição Federal proíbe a discriminação pelo sexo, sou pelo exame da causa junto ao juízo especializado. Com o que, estou tornando definitivo o adiantamento. Isto posto, dou provimento. **(grifei)** (TJRS, AI 599 075 496, 8ª Câm. Cív., rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 17.06.1999.)¹⁴

Esse foi o marco que ensejou a mudança de orientação jurisprudencial, no sentido de dispensar às uniões homoafetivas igual tratamento destinado às entidades familiares formadas por pessoas de diferentes sexos. A partir daí, houve uma flexibilização das decisões dos Tribunais, no sentido de reconhecer na afetividade o traço distintivo entre relações obrigacionais e familiares.

Já em 2008, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu implicitamente a competência das Varas de Família ao proferir decisão concluindo sobre a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união homoafetiva como entidade familiar. Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admitese, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 7. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp 820.475/RJ, 4ª Turma, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 02.09.2008).¹⁵

No ano de 2010, o Tribunal da Cidadania, ao jugar os Recursos Especiais oriundos do Rio Grande do Sul (STJ, REsp 889.852/RS, 4ª Turma, rel. Min. Luis

¹⁴ Disponível em www.direitohomoafetivo.com.br. Acesso em: 29.ju.2014.

¹⁵ Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 17 ago.2014

Felipe Salomão, j. 27.04.2010)¹⁶ e do Rio de Janeiro (STJ, REsp 1026981/RJ,3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.02.2010)¹⁷, confirmou o tratamento de relações homoafetivas como entidades familiares. No primeiro caso foi reconhecido o direito de uma companheira homoafetiva adotar os filhos de sua parceira. O segundo precedente determinou a inclusão de companheiro homoafetivo em plano de previdência privada.

Ainda no ano de 2010 o Supremo Tribunal Federal discutiu pela primeira vez a adoção realizada por casal homoafetivo, negando seguimento a Recurso Extraordinário porquanto baseava as razões recursais na impossibilidade de configuração de união estável entre pessoas de mesmo sexo. O precedente restou assim ementado:

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – RAZÕES – DESCOMPASSO COM O ACÓRDÃO IMPUGNADO – NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. Contra a sentença proferida pelo Juízo, houve a interposição de recurso somente pelos autores. Pleitearam a reforma do decidido a fim de que fosse afastada a limitação imposta quanto ao sexo e à idade das crianças a serem adotadas. A apelação foi provida, declarando-se terem os recorrentes direito a adotarem crianças de ambos os sexos e menores de 10 anos. Eis o teor da emenda contida à folha 257: [...] 2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculo biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento. 2. Há flagrante descompasso entre o que foi decidido pela Corte de origem e as razões do recurso interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná. O Tribunal local limitou-se a apreciar a questão relativa à idade e ao sexo das crianças a serem adotadas. No extraordinário, o recorrente aponta violado o artigo 226 da Constituição Federal, alegando a impossibilidade de configuração de união estável entre pessoas do mesmo sexo, questão não debatida pela Corte de origem. 3. Nego seguimento ao extraordinário. 4. Publiquem (STF, RE 615261/PR,rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.08.2010)¹⁸.

Todos esses precedentes revelam-se de suma importância para o reconhecimento da competência das Varas de Família para tramitação das ações atinentes às uniões homoafetivas. E não poderia ser diferente, haja vista que tais uniões reúnem todos os caracteres formadores do atual conceito de família, assim devendo ser juridicamente qualificadas.

¹⁶ Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 17 ago.2014

¹⁷ Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 17 ago.2014

¹⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 ago.2014

3.3 Do Rol de Entidades Familiares do Artigo 226 da Constituição Federal e do Alcance da Decisão Proferida na ADPF 132/08 e ADI 4277/09

Conforme visto, o artigo 226 da Constituição Federal elenca expressamente três modelos de entidades familiares, quais sejam: família derivada do casamento, família oriunda da união estável e família monoparental. Em que pese, portanto, sua natureza familiar, caracterizada pela presença da afetividade, as uniões homossexuais não foram incluídas no referido dispositivo.

Nas palavras de RIOS (2001, p. 116),

a conclusão pela pertinência das uniões homossexuais ao quadro geral do direito de família conduz à pergunta a respeito da subsunção destas uniões uma das três espécies familiares dispostas no texto constitucional ou à configuração de uma outra espécie de comunidade familiar, ainda que não prevista explicitamente.

Em primeiro lugar é preciso destacar que existem dois entendimentos quanto ao caráter da enumeração trazida pelo dispositivo em comento. Há juristas que entendem seja o rol do artigo *numerus clausus*, de modo que ao enumerar três modelos de entidades familiares estaria negando a existência de outras formas de construção familiar, não cabendo ao Poder Judiciário entender de modo diverso.

Consoante a carta política de 1988, a relação entre pessoas do mesmo sexo não pode ser considerada entidade familiar, que condiciona este reconhecimento, expressamente, à diversidade de sexos. Então, a parceria homossexual não pode ser tecnicamente definida como união estável. 22. Não prospera o entendimento dos que invocam o princípio da igualdade para que as parcerias homossexuais recebam o mesmo tratamento jurídico dispensado às uniões estáveis. Não se pode querer igualar aquilo que é naturalmente desigual. O texto constitucional não visou, em qualquer momento, à criação de outra posição (se é que podemos assim dizer), além de homens e mulheres; portanto, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, as parcerias homossexuais não integram o direito de família. 23. Somente emenda constitucional tem competência para estender os mesmos direitos já conferidos às famílias e entidades familiares às parcerias homossexuais, razão pela qual o Novo Código Civil brasileiro, Lei 10.406, de 10.01.2002, omite o assunto (BRANDÃO, 2002, p.125).

Não se pode, no entanto, concordar com tal posição, especialmente porque ao se entender pela taxatividade do rol de entidades familiares constitucionalmente previstas negam-se os valores firmados pelos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. É preciso ter em mente que a Constituição se caracteriza por sua amplitude, de modo que deve ser interpretada de acordo com o surgimento das necessidades e demandas sociais (RIOS, 2001, p. 117).

A redação do artigo 226 da Carta Magna evidencia que o constituinte apontou mais de uma forma de constituição familiar, não se limitando à união matrimonializada, como fizeram os textos constitucionais anteriores. Desse modo, se duas pessoas de igual sexo unem-se em comunhão de vida, em atenção aos deveres pessoais de lealdade, assistência e respeito, de modo estável e reconhecido, compõe uma entidade familiar, constitucionalmente reconhecida, ainda que não expressamente (PENA JÚNIOR, 2008, p. 170).

Assim, inexistindo qualquer referência a uma espécie única de família, a previsão de três formas não implica em cláusula de exclusão de outras. Nesse diapasão, os modelos de entidades familiares dispostos no artigo 226 da Constituição Federal compõe rol exemplificativo, de modo que outras entidades que preencham os requisitos para formação de núcleo familiar fazem parte do conceito amplo e indeterminado trazido pelo *caput* do dispositivo.

Em consonância com este entendimento, o Supremo Tribunal Federal realizou, em 05 de maio de 2011, julgamento histórico decidindo unanimemente por estender à união homoafetiva o *status* de entidade familiar. A decisão foi proferida em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, número 132/08, promovida pelo Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, em conexão processual com a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade número 4277/09, movida pela Procuradoria Geral da República (VARGAS, 2011, p. 96).

O objetivo da ADPF era obter interpretação de dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro que não prejudicasse servidores homossexuais. Na ADI, pretendia-se a declaração do caráter familiar da união homoafetiva, com vistas a conferir-lhe os direitos já garantidos à união estável.

A Corte Suprema julgou procedentes os pedidos, firmando interpretação do artigo 1.723 do Código Civil¹⁹ em conformidade com a Constituição Federal, tudo em atenção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade

¹⁹Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

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

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

e da proibição de discriminação. Utilizou-se, para tanto, de interpretação analógica, em comparação à união estável formada entre homem e mulher.

Em seu voto, o Ministro Relator Ayres Britto assim se posicionou:

(...) Com o que este Plenário terá bem mais abrangentes possibilidades de, pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com todos os seus consectários jurídicos. Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração. (...) E, desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família. (...) Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplinar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. (...) Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa. (...) De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Müller), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação – é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. (...) Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indistintamente preconceituoso ou homofóbico. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade

familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva. É como voto (STF, ADI4277/09,rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011)²⁰.

A decisão proferida pelo STF consagrou o entendimento concernente aos princípios constitucionais. Todavia, conforme o artigo 102, §2º da Constituição Federal²¹ e a Lei 9.868/1999, o efeito vinculante das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade recai sobre o Poder Judiciário e a Administração Pública, direta e indireta, excluindo a vinculação do Poder Legislativo (MESQUITA, 2009, p. 258).

Não se trata aqui de tomar o lugar de legislador ao utilizar a técnica de interpretação conforme a constituição, haja vista que não há neste caso atividade criativa e tão somente o esforço em manterem-se condições fundamentais ao funcionamento do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, para BARROSO (2010, p. 387), o juiz constitucional possui papel de garantir e promover valores constitucionais.

Muitas são as teses de desconstrução da democracia deliberativa ou até mesmo de infração da separação de poderes, postulado que não pode ser abolido sequer através de emenda constitucional, constituindo uma das chamadas cláusulas pétreas. No entanto, a resistência ao reconhecimento da legalidade da decisão adotada pela Corte Constitucional brasileira evidencia a adoção de interpretação constitucional rígida, incompatível com o neoconstitucionalismo e com a concretude exigida pelas modificações sociais.

É sabido que “a ausência de lei que regulamente essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226 são autoaplicáveis, independentemente de regulamentação” (LÔBO, 2011, p. 90), mas tratamento legislativo minucioso sobre união estável homoafetiva traria maior segurança e eficácia na aplicação dos direitos conferidos aos (às) companheiros (as) do mesmo sexo.

²⁰ Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 ago.2014

²¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Há que se ter em mente que a união estável formada por homem e mulher conta com regramento escasso e desfavorecido em relação ao casamento. Nesse sentido, utilizar-se de analogia para equiparação entre as uniões homoafetivas e as referidas uniões estáveis pode gerar situação lacunar (VARGAS, 2011, p. 97).

4 DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO DISPONÍVEIS E DO CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Não há no ordenamento jurídico brasileiro lei específica que regulamente direitos sucessórios provenientes da dissolução por morte em uniões homoafetivas. Após o julgamento da ADI 4277/09, em conexão com a ADPF 132/08, pelo Supremo Tribunal Federal, aos casais homoafetivos é dispensado tratamento sucessório por equiparação com as uniões estáveis (VARGAS, 2011, p. 132).

Todavia, sabe-se que no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da união estável é regrado pelas disposições do controverso artigo 1.790 do Código Civil, alvo de discussões quanto à sua constitucionalidade, haja vista que demonstra ter o legislador optado por regime sucessório mais favorável ao cônjuge do que ao companheiro. Retomando brevemente o que foi dito acerca da união estável, o Código Civil limita o direito sucessório do companheiro aos bens onerosamente adquiridos na constância da união, excluindo, desta forma, a possibilidade de meação na ausência destes, ainda que tenha havido colaboração indireta do sobrevivente (REINING, 2013, p. 117).

Muitas são as críticas dirigidas às disposições sucessórias na união estável, porquanto o tratamento diferenciado em relação ao casamento em caso de morte de um dos companheiros exposto pela Lei Civil não reflete as disposições do artigo 226 da Constituição Federal, que não estabeleceu hierarquia entre os modelos de entidades familiares previstos.

Não se cuida de um problema de equiparação da união estável ao casamento, o que não encontra apoio no texto constitucional, mas de assegurar àquela uma proteção mínima e suficientemente abrangente. A restrição contida no *caput* do art. 1.790 do CC, o lamentável retrocesso relativo à concorrência do companheiro sobrevivente com os colaterais do companheiro e a ausência da garantia mínima do direito real de habitação representaram uma significativa redução da proteção sucessória conferida ao companheiro, deixando “lacunas” incompatíveis com o objetivo de proteção insculpido no art. 226, § 3.º, da CF. De fato, as falhas da nova disciplina sucessória são tão graves que o consorte sobrevivente (e não raro pobre), mesmo diante de considerável patrimônio amealhado pelo falecido, muitas vezes se encontrará sem amparo algum e abandonado à miséria. É este lamentável retrocesso, e não a violação a uma suposta equiparação constitucional da união estável ao casamento, que conduz à inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC. Este diploma legal deveria ter observado o patamar mínimo de proteção já alcançado pelas Leis 8.971/1994 e 9.278/1996 e que atendia ao escopo do art. 226, § 3.º, da CF (REINING, 2013, p. 117).

Ao decidir estender analogicamente às uniões homoafetivas as regras aplicáveis às uniões estáveis, a Corte Suprema não se manifestou acerca da possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em que pese determine o artigo 226, §3º, da Constituição Federal seja facilitada a conversão de união estável em casamento, o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo ainda encontra resistência no ordenamento jurídico pátrio, contando apenas com pequenos avanços na seara jurisprudencial.

Aos companheiros homoafetivos destina-se, em última instância, o tratamento sucessório dispensado às uniões estáveis, com regras nitidamente mais desfavoráveis do que as previstas para a sucessão decorrente de dissolução de casamento. Nesse diapasão, na tentativa de obter maior segurança quanto aos direitos hereditários, é possível que casais homoafetivos se utilizem de testamento, ou de contratos de parceria civil como meios alternativos de destinação de patrimônio (VARGAS, 2011, 134).

4.1 Do Testamento e do Contrato de Parceria Civil

A sucessão testamentária é modalidade de direitos hereditários na qual, diferentemente do que ocorre na sucessão legítima, onde há ordem de vocação hereditária a ser seguida, a vontade do morto determina o destino de seus bens. Quanto à expressão *testamento*, o Código Civil de 2002 não a define. O Código Civil de 1916 determinava, em seu artigo 1.626, que testamento é “o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte” (BRASIL, 2014)²².

Atualmente o Direito Civil deve ser analisado sob a ótica constitucional, conforme dito. A partir da despatrimonialização, constitucionalização e repersonificação do direito privado, o indivíduo foi alçado à posição central no ordenamento jurídico, pelo que

na contemporaneidade, é imperioso observar que a sucessão *causa mortis* não se restringe às situações jurídicas patrimoniais, abrangendo inúmeros aspectos relacionados às situações jurídicas existenciais, como se constata na eventualidade de reconhecimento de filiação em testamento, nomeação

²² Disponível em www.planalto.gov.br/legislacao. Acesso em: 30.ago.2014

de tutores e testamenteiros, disposições testamentárias em favor de filho eventual de pessoa existente, constituição de uma fundação, a transmissão *mortis causa* de alguns direitos morais do autor de obra científica, artística ou literária, entre outras (...) (GAMA, 2007, p. 149).

O testamento é negócio jurídico unilateral, personalíssimo e solene, podendo ser revogado ou modificado a qualquer momento. A manifestação de vontade do testador, no entanto, não é irrestrita, encontrando limitações na lei (TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 294).

De acordo com NICOLAU (2011, p. 90), somente poderá dispor livremente de seus bens aquele que não possuir herdeiros necessários, ou seja, ascendentes, descendentes ou cônjuge, porquanto estes possuem direito a legítima, fração equivalente à metade do patrimônio do *de cuius*. De qualquer modo, será necessária a capacidade de testar, que se inicia aos 16 (dezesesseis) anos e se regula pela lei vigente no momento da confecção do testamento.

Este pode ser feito através de instrumento particular e será público quando lavrado por tabelião, particular, sem chancela notarial e com segredo de disposições, e cerrado, que conserva o sigilo de disposições, mas deve ser apresentado em tabelionato de notas. Caso seja o testamento confeccionado em desconformidade com as disposições legais será negócio jurídico nulo, podendo ser impugnado através de ação declaratória de nulidade (VARGAS, 2011, p. 142).

Considerando o atual tratamento dispensado às uniões homoafetivas, bem como as disposições legais em termos de Direito Sucessório, a confecção de testamento pode ser meio de impedir o enriquecimento ilícito de parentes do *de cuius*. Não é possível, sequer por disposição testamentária, excluir os herdeiros necessários da sucessão, a menos que estes pratiquem atos ilícitos, taxativamente previstos em lei, em desfavor da pessoa do morto, de seus ascendentes ou descendentes, e de cônjuge ou companheiro (a), hipóteses em que haverá deserção do herdeiro (CATEB, 2008, p. 207).

Quanto à deserção, estipula o Código Civil:

Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserção dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;
 IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.
 Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:
 I - ofensa física;
 II - injúria grave;
 III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;
 IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade (BRASIL, 2014, p. 371).

Do dispositivo colacionado depreende-se que o abandono afetivo ao familiar homossexual não enseja a possibilidade de deserção por este na confecção de um testamento em se tratando de herdeiro necessário. No entanto, é possível através do testamento afastar os parentes colaterais, conferindo o restante do patrimônio ao (à) companheiro (a) que efetivamente contribuiu para amealhar os bens adquiridos.

Nesse sentido, em que pese a reserva legal da legítima, no caso do (a) companheiro (a) morto não possuir herdeiros necessários, seguindo-se analogamente as disposições concernentes à sucessão legítima em uniões estáveis, previstas no artigo 1.790 do Código Civil, os parentes colaterais serão chamados na ordem de vocação hereditária. Mas, conforme VARGAS (2011, p. 138), “se o testador tem apenas como herdeiros legítimos os parentes colaterais, goza de livre disposição de seu patrimônio, podendo testar sobre a totalidade de seus bens em favor do companheiro homossexual (...)”.

Destaca-se que a Lei Civil, em seu artigo 1.863²³, proíbe o testamento conjuntivo, ou seja, aquele confeccionado por mais de uma pessoa, caso em que será absolutamente nulo. É dizer, cada um (a) dos companheiros (as) deverá formular suas disposições testamentárias em cédula individual, ou seja, se os dois pretenderem contemplar filho comum ou reciprocamente atribuírem-se seus bens deverão fazê-lo mediante testamentos distintos (NICOLAU, 2011, p. 89).

Inobstante as restrições legais impostas à sucessão testamentária, a manifestação de disposições finais em consonância com a vontade do morto afigura-se como meio mais seguro e, talvez, mais equânime de divisão do patrimônio do (a) companheiro (a) homoafetivo. Assim porque, é possível a destinação integral do patrimônio deixado, ou de fração equivalente a 50% (cinquenta por cento) dos bens em caso de haver herdeiros necessários na ordem de vocação hereditária, àquele

²³ Art. 1.863. É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo.

que viveu verdadeira relação de afeto com o *de cuius*, constituindo com ele família baseada nos pressupostos de lealdade, respeito e assistência mútua.

Quanto ao contrato de parceria civil, trata-se de instrumento utilizado para regular e provar a existência de união estável entre duas pessoas, podendo facilitar a partilha de bens em caso de dissolução da relação de companheirismo (VARGAS, 2011, p. 143). É, nos termos da classificação doutrinária, contrato atípico, porquanto, não obstante decorrente da autonomia de vontade e livre-iniciativa das partes, não se encontra regulado em lei, devendo, portanto, reger-se pelos parâmetros constitucionais da função social do contrato e da boa-fé objetiva (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 205).

Em 17 de fevereiro de 2004, a Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul expediu o Provimento n.º 06/2004 para a inclusão de parágrafo em artigo da Consolidação Normativa Notarial Registral com a seguinte redação:

ART. 215

(...) PARÁGRAFO ÚNICO. AS PESSOAS PLENAMENTE CAPAZES, INDEPENDENTE DA IDENTIDADE OU OPOSIÇÃO DE SEXO, QUE VIVAM UMA RELAÇÃO DE FATO DURADOURA, EM COMUNHÃO AFETIVA, COM OU SEM COMPROMISSO PATRIMONIAL, PODERÃO REGISTRAR DOCUMENTOS QUE DIGAM RESPEITO A TAL RELAÇÃO. AS PESSOAS QUE PRETENDAM CONSTITUIR UMA UNIÃO AFETIVA NA FORMA ANTERIORMENTE REFERIDA TAMBÉM PODERÃO REGISTRAR OS DOCUMENTOS QUE A ISSO DIGAM RESPEITO (CGJ, Provimento n.º 06/04, Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, p. DJ nº 2806, fl. 02, de 03/03/2004).²⁴

A partir deste provimento, restou viabilizado no Estado do Rio Grande do Sul o registro de documentos relacionados à união estável de pessoas capazes junto aos Cartórios de Registro de Títulos e Documentos. Note-se que ao cunhar a expressão *união afetiva*, o provimento em questão não realizou nenhuma distinção quanto ao sexo dos conviventes de modo que casais homoafetivos passaram a contar com este instrumento de proteção de suas relações.

Para LAGRASTA NETO (2011, p. 1177),

O Contrato de Convivência pressupõe projeto de vida e previsões para o futuro, através de cláusulas a respeito de quaisquer fatores postos à disposição dos conviventes e desde que sejam legais e não prejudiquem a terceiros. Nele poderão estabelecer como será a divisão de tarefas e responsabilidades, a contribuição de cada um na aquisição de bens, valores

²⁴ Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 26 ago.2014

ou na instituição de regime de bens, com especial reflexo na responsabilização por garantias imobiliárias. Ali poderão estar as disposições sobre o cuidado e formação dos filhos, a escolha de culto, escola, lazer, transporte, etc; ou, pelo contrário, tudo isso poderá ser dispensado, estipulando-se as cláusulas, após eventual dissolução.

Portanto, ainda que o contrato de parceria civil não possua efeito constituinte da união homoafetiva, já que esta é um fato jurídico, serve ao fim de regular aspectos diversos da relação de companheirismo, não se limitando apenas a disposições de caráter patrimonial. Ainda, o contrato de convivência pode ser celebrado por instrumento público ou particular, sendo dispensado o registro em ambos os casos por ausência de previsão legal nesse sentido, já que os efeitos produzidos se dão entre as partes (CASSETTARI, 2011, p. 299).

CASSETTARI (2011, p. 300-305) indica cláusulas tidas como as mais importantes no negócio jurídico em questão, quais sejam: a) nomenclatura de “união estável homoafetiva”; b) indicação de tratar-se de união na qual há a convivência pública, duradoura e continua com objetivo de constituir família, determinando-se que a união homoafetiva iniciar-se-á a partir daquela data, ou indicando a data em que teve começo; c) indicação da regra patrimonial que regerá a relação de companheirismo; d) disposições quanto ao modo de administração dos bens; e) indicação de direitos conjuntos, como inclusão do outro em plano de saúde, previdência privada, seguro de vida e outros; f) previsão de curatela contratual e de estado de doença e incapacidade de um dos contratantes; g) inserção de mandato no referido contrato, se for o caso, para que um haja em nome do outro; e h) cláusula quanto a extinção da união homoafetiva, por vontade de uma ou de ambas as partes.

Todavia, não é possível aos companheiros estabelecer no contrato cláusulas relativas a direitos sucessórios. O artigo 426 do Código Civil proíbe expressamente o chamado *pacto sucessório* ao dispor que “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva” (BRASIL, 2014, p. 272). Desse modo, é possível facilitar a partilha de bens em caso de dissolução da união homoafetiva através do contrato de convivência, sem que isto implique na concessão de direitos sucessórios.

Na verdade, ao firmarem contrato de união estável, aos (as) companheiros (as) homoafetivos é facultado estipular a fração ideal de cada um sobre os bens comuns, como meio de facilitar a meação com a morte de um deles, não se confundindo as disposições contratuais com direito à herança. A proibição em

questão ocorre porque “a ninguém é dado afastar a ordem de vocação hereditária prevista na lei civil, a não ser que inexistam herdeiros necessários e que esse afastamento se dê por meio de testamento” (VARGAS, 2011, p. 149).

4.2 Do Casamento Homoafetivo

Ao estender analogamente às uniões homoafetivas o status e os efeitos jurídicos atribuídos às uniões estáveis, na histórica decisão que resolveu a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade número 4277/09, em conexão processual com a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental número 132/08, o Supremo Tribunal Federal não se pronunciou sobre a possibilidade ou não de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Do exposto pela Corte Suprema restou, então, grande questionamento a esse respeito, logo fazendo surgir entendimento conservador no sentido de ter-se garantido aos homossexuais direitos relativos às relações de companheirismo, o que não lhes garantiria acesso ao casamento (DIAS, 2011, p. 1047).

Quando se fala em casamento, há na lei a previsão de causas impeditivas e suspensivas de sua realização, bem como de motivos ensejadores de anulabilidade ou nulidade do matrimônio. Nos termos de DIAS (2011, p. 270), doutrinariamente, em sede de direito matrimonial, tem-se a construção de teoria do casamento inexistente, aquele que tem apenas aparência de casamento, mas que, em verdade, se trata de fato irrelevante juridicamente a medida que não preenche requisito essencial à natureza do ato.

Três são os requisitos indicados pela doutrina como essenciais à existência do casamento, quais sejam: celebração por autoridade competente, declaração de vontade dos nubentes e diversidade de sexo. O último requisito é utilizado, portanto, como justificador da exclusão de uniões homoafetivas do âmbito matrimonial, constituindo verdadeira discriminação por motivo de orientação sexual, ao privar casais homoafetivos de benefícios reservados aos cônjuges (RIOS, 2001, p. 120).

Considerando, conforme visto, as modificações sofridas na conceituação de família, com o abandono das concepções econômica e procriacionista e a classificação da afetividade como categoria jurídica, é possível compreender que a

negativa do casamento homoafetivo é embasada em conceitos rígidos e preconceituosos, desprovidos de justificativas jurídicas adequadas ao sistema constitucional vigente. Para LOREA (2007, p. 179-180), a temática do casamento entre pessoas do mesmo sexo gera grande polêmica religiosa, pelo que muitos conceitos firmados pela igreja católica são, ainda hoje, utilizados como argumentos para se negar o acesso à cidadania sexual no Estado Democrático de Direito.

A solução para o impasse é extraída, contudo, do cotejo entre as normas constitucionais e as disposições trazidas pela Lei Civil. Os artigos do Código Civil que trazem disposições acerca do casamento não vedam expressamente o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo. Não há, neste caso, como defender vedação implícita, porquanto se está diante da privação de garantia à dignidade da pessoa humana em um de seus mais importantes aspectos, qual seja a liberdade de orientação sexual (ROSA, 2012, p. 379).

Também não há na Carta Magna referência ao sexo dos nubentes, cuja diversidade não se encontra no rol de impedimentos previstos no artigo 1.521 do Código Civil²⁵.

O só fato de a lei estabelecer (CC 1.525) que, *pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família* não significa que esteja limitando o casamento a heterossexuais. Simplesmente o que está afirmando é que tanto o homem como a mulher assumem tal condição, e não que necessariamente tenham de estar casados com pessoas do sexo oposto (DIAS, 2011, p. 154).

Consolidando o entendimento de viabilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, o Superior Tribunal de Justiça, em 25 de outubro de 2011, nos autos do Recurso Especial n.º 1.183.378 oriundo do Estado do Rio Grande do Sul, julgou possível o casamento homoafetivo pela conjunção entre os princípios ressaltados na decisão de 05 de maio do mesmo ano proferida pelo STF, a inexistência de proibição expressa no ordenamento jurídico e a inaceitável interpretação de vedação

²⁵ Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

constitucionalmente implícita. Ao proferir seu voto, no qual foi acompanhado pela maioria dos demais julgadores, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão assim se manifestou:

(...) Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra evolução do direito privado, não me parece possível a esta Corte de Justiça analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. (...) Nesse contexto, a controvérsia instalada nos autos consiste em saber se é possível o pedido de habilitação para o casamento de pessoas do mesmo sexo, tendo as recorrentes recebido respostas negativas, tanto na esfera cartorária, quanto nas instâncias judiciais - sentença e acórdão de apelação. (...) Ressalto que os óbices relativos às expressões "homem" e "mulher", utilizadas pelo Código Civil de 2002, art. 1.723, e pela Constituição Federal, art. 26, §3º, foram afastados por esta Corte pelo Supremo Tribunal Federal para permitir a caracterização de união estável entre pessoas do mesmo sexo, denominada "união homoafetiva". (...) Inaugura-se em 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseado na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Estabeleceu a Carta Cidadã, no caput do art. 26: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", sem ressalvas, sem reservas, sem "poréns", quanto à forma de constituição dessa família. Ou seja, o comando principal do artigo é a "proteção especial", em si, independentemente da forma pela qual família é constituída, porquanto por trás dessa "proteção especial" reside a dignidade da pessoa humana, alçada, no texto constituinte, a fundamento da República (art. 1º, inciso I). Por isso que, em seus parágrafos, o art. 26 da Constituição expõe, exemplificadamente, esses novos arranjos familiares, todos dignos da especial proteção do Estado. (...) O mais importante, não há dúvida quanto a isso, é como esse arranjo familiar pode ser especialmente protegido pelo Estado e, evidentemente, o vínculo que maior segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil. Essa, segundo parece, deve ser exatamente a interpretação conferida o art. 26, §3º, da Constituição Federal, quando prevê a facilitação da conversão da união estável em casamento. (...) Nessa toada, enquanto Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.9. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento, salvo se por outro motivo as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio (STJ, REsp 1.183.378/RS (2010/0036663-8), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.

25/10/2011).²⁶

Ainda, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, no artigo 226, §3º, a Constituição Federal determina seja facilitada pela lei sua conversão em casamento. Daí se depreende que, ao reconhecer o status de entidade familiar presente nas uniões homoafetivas através de analogia destas com as uniões estáveis, a disposição constitucional de conversão em casamento aplica-se, também, às relações de companheirismo estabelecidas entre pessoas do mesmo sexo.

Entretanto, o Código Civil, lei posterior à Constituição Federal de 1988, vigente a partir de 11 de janeiro de 2003, andou mal ao exigir, em seu artigo 1.726²⁷ a interferência judicial para a conversão de união estável em casamento. Desse modo, o processo de conversão torna-se burocrático e dificultoso, mormente quando se pensa em uniões homoafetivas, em relação às quais há poucos avanços restritos à seara jurisprudencial.

No intuito de conceder efetivo cumprimento à determinação constitucional acerca da facilitação da conversão de uniões estáveis e, nesse caso, uniões estáveis homoafetivas em casamento o Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Joaquim Barbosa, considerando as decisões proferidas pelo STF, bem como seu caráter vinculante do Poder Judiciário e dos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, editou a Resolução n.º 175, de 14 de maio de 2013, dirigida ao Serviço Cartorário, com a seguinte redação:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. (CNJ, Resolução n.º 175/2013, Pres. Min. Joaquim Barbosa, de 14/05/2013).²⁸

A constitucionalidade da Resolução foi imediatamente questionada através da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4966, pendente de julgamento e ajuizada pelo Partido Social Cristão (PSC), sob o argumento de que sua edição pelo Conselho Nacional de Justiça invadiu competência constitucionalmente conferida ao Poder Legislativo. De fato, o artigo 103-B, §4º, da Constituição Federal prevê que

²⁶Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 29.ago.2014

²⁷ Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

²⁸ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 29 ago.2014

competete ao CNJ “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”, de modo que se trata de órgão meramente administrativo (BRASIL, 2014, p. 101).

Entretanto, ainda que a Resolução em questão seja declarada inconstitucional, com o acolhimento da tese de incompetência para edição de texto com esse conteúdo, deverá ser facilitada a conversão da união estável homoafetiva em casamento, sem a necessidade de condução de pedido ao Poder Judiciário. Primeiro porque, a Constituição Federal não faz nenhuma ressalva nesse sentido e, em segundo lugar, em razão da função social do tabelião, em sede de Direitos Notariais, já que estes devem zelar pela segurança jurídica, atuando na prevenção de litígios (AGAPITO, 2011, p. 307).

Outrossim, conforme AGAPITO (2011, p. 308-309), em que pese a autonomia conferida aos notários para decidir formalizar ou não a vontade das partes, esta é limitada pelas disposições legais que, conforme dito, não trazem qualquer proibição expressa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Desse modo, não se faz mais possível aos operadores do direito, dentre eles o tabelião, negarem-se ao reconhecimento das relações homoafetivas, porquanto “a ausência de lei não significa a inexistência de direito” (DIAS, 2011, p. 197).

4.3 Da (des) Necessidade de Emenda Constitucional e da Omissão Legislativa Quanto aos Efeitos Sucessórios

É sabido que uniões formadas por companheiros (as) do mesmo sexo são e devem ser juridicamente qualificadas como entidades familiares, porquanto contemporaneamente o aspecto definidor do conceito de família reside na afetividade. Assim, reunindo ainda os caracteres de estabilidade e ostensibilidade, não há como definir tais uniões de modo diverso, devendo, portanto, observar os deveres de lealdade, respeito e assistência mútua, dentre outros, para a realização individual de cada membro da família e no intuito de atender à dignidade de todos.

Ainda, às uniões homoafetivas foi dispensado o status já conferido às uniões estáveis, através de analogia, por decisão vinculante proferida pelo Supremo Tribunal Federal, sem que a Corte Suprema tenha se manifestado acerca da

possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em que pese os avanços no sentido de reconhecimento da possibilidade do casamento homoafetivo, as mudanças restringem-se ainda ao entendimento jurisprudencial e à análise do caso concreto, sem que haja norma abstrata a regular a hipótese.

Considerando a previsão de três modelos de entidades familiares no artigo 226 da Constituição Federal, quais sejam família formada pelo casamento, união estável e família monoparental, há a necessidade de questionar-se sobre a necessidade de Emenda Constitucional à Carta Magna para a inclusão das uniões homoafetivas no dispositivo em comento.

De início, cabe dizer que

Sendo o Direito uma ciência social, é natural que sua natureza seja dinâmica como a sociedade. Como a lei é uma das fontes primordiais do Direito, é natural que seja mutável como mutáveis são as relações sociais. Sendo a Constituição a Lei Maior, é premissa lógica que seu texto disponha de procedimentos que permitam a reforma de seu conteúdo, promovendo *upgrades* setoriais a fim de mantê-lo compatibilizado com as mudanças sociais, políticas e econômicas do Estado (MOTTA; BARCHET, 2009, p.67).

Nesse diapasão, o poder constituinte derivado reformador é conferido aos poderes da União pela própria Constituição Federal para que se proceda à alteração de seus dispositivos através de emendas constitucionais. Contudo, as Constituições não podem ser alteradas irrestritamente, devendo-se estabelecer relação de equilíbrio entre adaptação à realidade e estabilidade de modo que autorizadas alterações ao texto constitucional, somente serão realizadas através de procedimento específico para emenda (BARROSO, 2010, p. 141-142).

Do acima exposto, tem-se que alterações ao texto constitucional são promovidas para adequação deste à realidade social e em casos que não importem em mitigação da segurança jurídica. Assim, a reforma constitucional será promovida apenas quando necessária, da onde se depreende não ser precisa a promoção de emenda ao texto do artigo 226 da Constituição Federal para inclusão de dispositivo que preveja a existência de união estável homoafetiva ou casamento homoafetivo.

Isso porque, a utilização de critérios interpretativos da Lei Maior possibilita a conclusão de que as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo são entidades familiares, que merecem especial proteção do Estado. Ainda, é possível através de

técnicas hermenêuticas concluir-se pela possibilidade do casamento homoafetivo, seja através de conversão de união estável homoafetiva ou por meio de habilitação.

Desse modo, ao reconhecimento de direitos homoafetivos em sede de Direito de Família e Sucessões basta a utilização do método sistemático de interpretação, através do qual se busca a harmonização do sistema jurídico como um todo (MOTTA; BARCHET, 2009, p.47). Nesse sentido, RIOS (2001, p. 122) afirma ser suficiente

a interpretação da Constituição de acordo com o cânone hermenêutico da “unidade da Constituição”, segundo o qual uma interpretação adequada do texto constitucional exige a consideração das demais normas constitucionais, de modo que sejam evitadas conclusões contraditórias.

Ademais, a interpretação dos dispositivos constitucionais, principalmente pelo Poder Judiciário, pode conferir sentido diverso ao texto da Constituição, em verdadeira *mutação constitucional*, modo informal de alteração do significado de previsão constitucional sem observância do mecanismo de alteração textual promovida por emendas à Constituição. A mutação constitucional é promovida por alterações na realidade fática que impõe a releitura daquilo que deve ser considerado justo (BARROSO, 2010, p.126-131).

Ao reconhecer o caráter de entidade familiar e conferir, por analogia, o status destinado às uniões estáveis às reações de companheirismo entre pessoas do mesmo sexo, o STF atribuiu à norma inserta no artigo 226 da Constituição Federal sentido diverso do anteriormente fixado, com a finalidade de atender a demanda surgida da nova realidade social em nosso país vivenciada. Por esse motivo, desnecessária a promoção de emenda à constituição pelo método formal do poder constituinte derivado reformador, haja vista que a mutação constitucional provocada pelas modificações no mundo dos fatos se encarregou de conferir sentido diverso às normas já existentes.

Infraconstitucionalmente, todavia, a edição de leis capazes de regulamentar os aspectos legais das relações estabelecidas entre pessoas do mesmo sexo pode pôr fim a qualquer dúvida ou insegurança jurídica ainda existentes, especialmente no que diz respeito aos Direitos Sucessórios. As pessoas que integram relações homoafetivas podem socorrer-se ao Poder Judiciário quando necessário, mas há hipóteses nas quais não há entendimento vinculante, como no reconhecimento da

possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo (NICOLAU, 2011, p. 83-84).

Existem no Brasil projetos de lei destinados à regulamentação de diversos aspectos atinentes às uniões homoafetivas. O primeiro deles foi deflagrado através do Projeto de Lei 1.151/95, também conhecido como Projeto da Parceria Civil, de autoria da então deputada Marta Suplicy, que, dentre outros direitos, teria a capacidade de conferir direitos sucessórios aos contratantes, nos termos da lei que até hoje não existe (VARGAS, 2011, p. 144).

O deputado Roberto Jefferson propôs o Projeto de Lei 5.252/01 inovando ao estipular a regulamentação de *uniões livres*, independentemente do sexo de seus integrantes, como objeto da futura lei. Ainda, em abril de 2002, a pedido da Deputada Laura Carneiro, Presidente da Comissão de Família e Seguridade Social da Câmara Federal àquela altura, Projeto de Lei não numerado começou a tramitar como substitutivo de outros Projetos sobre a matéria, com previsão de atribuição do regime legal sucessório das uniões estáveis às uniões homoafetivas.

O projeto de lei 6.874/06, também da Deputada Laura Carneiro, afigura-se como tentativa mais recente de regulação de direitos hereditários oriundos da dissolução de uniões homoafetivas *causa mortis*.

Tal projeto de lei tem por escopo alterar o Código Civil, inserindo em seu texto dispositivos que legalizem o contrato de união estável entre casais homossexuais, fazendo referência expressa aos direitos sucessórios concedidos por esta lei, em seu art. 1.790, para a união estável entre homem e mulher (VARGAS, 2011, p. 147).

Note-se que os referidos projetos, caso aprovados, possuem o condão de permitir a estipulação de direitos sucessórios recíprocos em sede de contrato de parceria civil aos contratantes, a medida que haveria no ordenamento jurídico respaldo legal para tanto. Atualmente, não é possível conferir direitos hereditários através de cláusula contratual, ante a proibição de *pacto sucessório* conforme dito em item anterior (VARGAS, 2011, p. 148).

Atualmente lutam por aprovação os Projetos de Lei que buscam a criminalização da homofobia (PLC 122/06) e a promulgação do Estatuto das Famílias (PL 2285/07). Este último reconhece a união homoafetiva como entidade familiar nos seguintes termos:

Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

(...) Art. 164. É facultado aos conviventes e aos parceiros, de comum acordo, requerer em juízo o reconhecimento de sua união estável ou da união homoafetiva. (Projeto de Lei n.º 2.285/07).²⁹

No entanto, o texto do Projeto diferencia *união estável* e *união homoafetiva*, trazendo suas disposições separadamente, pelo que, ao dispor em seu artigo 259 que “os conviventes podem, de comum acordo e a qualquer tempo, converter a união estável em casamento”, mais uma vez a hipótese de casamento homoafetivo restou excluída. Em que pese represente grande avanço, o Projeto em questão apenas traz disposições concernentes ao Direito de Família.

Na seara dos Direitos Sucessórios, portanto, o tratamento dispensado às uniões homoafetivas segue, ainda, as disposições relativas às uniões estáveis que, em termos de sucessão legítima, possui tratamento desvantajoso em comparação ao previsto para o casamento. De qualquer forma, o Projeto de Lei do Estatuto das Famílias encontra-se com tramitação obstada desde julho de 2009, o que reflete a situação de intimidação do legislador frente ao repúdio social a segmentos marginalizados ainda hoje existentes (DIAS, 2011, p. 199).

Omite-se o legislador quanto à edição de leis voltadas às minorias discriminadas em função de velado interesse político. Isso porque, ainda hoje a sociedade se posiciona de maneira preconceituosa frente àqueles (as) que se relacionam com pessoas de mesmo sexo, por conta de um conservadorismo, muitas vezes de cunho religioso, que impõe restrições à dignidade da pessoa humana, de modo que não é politicamente conveniente reconhecer o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, por exemplo.

A omissão do legislador leva ao surgimento de um círculo perverso. Diante da inexistência da lei, a justiça rejeita a prestação jurisdicional. Sob a justificativa de que não há uma regra jurídica, negam-se direitos. Confunde-se carência legislativa com inexistência de direito (DIAS, 2011, p. 202).

Sabe-se que o fato de inexistir lei que outorgue ao (a) parceiro (a) homoafetivo direitos sucessórios “não fragiliza e tão pouco fragmenta seu direito, eis que como entidade familiar que é, gera efeitos tanto na esfera do direito de família

²⁹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 26.ago.2014

como na seara sucessória” (LOUZADA, 2011, p. 398). Ocorre que, inexistindo estipulação legal a respeito, e não havendo decisão de caráter vinculante permitindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, aos (às) companheiros (as) homoafetivos sobreviventes, em caso de dissolução por morte, não resta outra opção senão a conferida, analogamente, pelo artigo 1.730 do Código Civil, dispositivo controverso, pouco equânime e que confere margem para o enriquecimento ilícito de parentes do *de cuius* em detrimento daquele que realmente constituiu consigo uma família.

CONCLUSÃO

Por tudo o que se expôs, nota-se que as uniões homoafetivas são capazes de gerar efeitos jurídico-patrimoniais por si só. Em sede de Direitos Sucessórios, as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo são aptas a conferir aos (às) companheiros (as) sobreviventes iguais garantias previstas nos casos de dissolução por morte de uniões formadas entre pessoas de sexos diversos.

Para tanto, faz-se necessária a compreensão do princípio constitucional da igualdade, que irradia efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, nas suas dimensões formal e material, como igualdade perante a lei e igualdade na lei, respectivamente. Tal princípio importa, antes de tudo, o reconhecimento do direito à diferença como garantia de antidiscriminação por orientação sexual, categoria que compõe o acervo de características do indivíduo, como elemento natural de sua personalidade e dela indissociável.

Conforme dito, a orientação sexual é característica inerente ao ser humano, quer ele direcione seus desejos e/ou condutas sexuais a pessoas do sexo oposto, do mesmo sexo ou de ambos. Nesse ponto, imprescindível considerarem-se os valores informadores do princípio da dignidade da pessoa humana, como garantia conferida a todas as pessoas pelo simples fato de *serem* seres humanos.

Por essa razão, não há que se falar em privação de direitos a determinados indivíduos com fundamento em características que lhes são intrínsecas, não se justificando qualquer espécie de distinção, a menos que as diferenças estejam em conformidade com entendimento razoável, que pretenda a concretização de isonomia no plano dos fatos. O direito à antidiscriminação por orientação sexual revela-se imprescindível à aplicação dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, como componentes do acervo moral destinado aos indivíduos.

Desse modo, não se pode tratar uniões homoafetivas como se fossem sociedades de fato e não entidades familiares através de justificativas preconceituosas e discriminatórias, haja vista que a orientação sexual é característica pessoal e, por tanto, se encontra albergada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Em que pese as diferenças impostas pelo ordenamento jurídico em sede de Direitos Sucessórios entre casamentos e uniões estáveis dissolvidas em

razão da morte, às uniões homoafetivas deve ser dispensado igual tratamento na seara hereditária, seja em relação à sucessão em decorrência de casamento ou de união estável, sob pena de se admitir diferenciações inadmitidas pela ordem constitucional contemporaneamente vigente.

Há no ordenamento jurídico brasileiro movimento no sentido de interpretação dos ramos jurídicos através das normas e princípios trazidos pela Constituição Federal. Em sede de Direito das Famílias e Sucessões, o movimento de constitucionalização do Direito Privado foi precedido pela despatrimoniaização e repersonificação do Direito.

O Código Civil de 2002 revela tais transformações, ao conferir ao indivíduo a posição central em seus dispositivos, em oposição à Lei Civil anterior. A partir da leitura das disposições infraconstitucionais com base no disposto pela Constituição e do deslocamento do sujeito ao centro do ordenamento jurídico, em detrimento das questões patrimoniais, a família passa a ser meio de promoção da dignidade de cada um de seus integrantes, para que estes possam se realizar como pessoas, sem qualquer tipo de discriminações.

Nesse contexto, a afetividade é alçada a categoria jurídica diferenciadora entre relações familiares e relações obrigacionais. Para constituição de família, portanto, requer-se a presença de afetividade entre seus membros, sejam eles ligados por laços de consanguinidade ou não, pelo que as uniões homoafetivas são, juridicamente, entidades familiares.

Em que pese tenha o artigo 226 da Constituição Federal determinado que são entidades familiares as famílias formadas pelo casamento, as uniões estáveis e as famílias monoparentais, conclui-se que o rol ali exposto não é taxativo e que, portanto, as famílias formadas por companheiros (as) do mesmo sexo merecem especial proteção do Estado. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal decidiu, em 2011, pela equiparação analógica entre uniões estáveis e uniões homoafetivas, reconhecendo às últimas o caráter de entidades familiares.

Inobstante isto, muitas são as desigualdades impostas àqueles que formam famílias homoafetivas, mormente em sede de sucessão legítima. Isso porque, ao equiparar as uniões homoafetivas às uniões estáveis a Suprema Corte nada disse acerca do casamento homoafetivo, pelo que muitas vezes companheiros (as) do

mesmo sexo recorrem a instrumentos como o testamento e o contrato de parceria civil para obtenção de maior segurança jurídica no caso de falecimento de um deles.

Todavia, conclui-se pela possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo ao proceder-se a uma leitura do Direito em conformidade com os valores constitucionais, sem que para isso se façam necessárias emendas à constituição. Ainda que muitos sejam os preconceitos em nossa sociedade em razão da orientação sexual, a concretização do princípio da igualdade pode operar-se a partir da ordem constitucional vigente, sem emendas constitucionais que incluam critérios específicos de proibição à discriminação.

O processo de transformação informal da Constituição Federal, chamado de mutação constitucional, permite a realização de leitura do texto constitucional em conformidade com os direitos à diferença e à antidiscriminação, sem alterações formais promovidas por emenda. Infraconstitucionalmente, contudo, a fim de conferir maior segurança jurídica às relações homoafetivas, seria desejável a promulgação de leis destinadas ao regramento, dentre outros aspectos, das questões sucessórias estabelecidas em entidades familiares homoafetivas.

Isso porque, a decisão do STF pela aplicação analógica dos efeitos já conferidos às uniões estáveis é vinculante apenas do Poder Judiciário e dos órgãos da Administração Pública, e não do Poder Legislativo. Ainda, os avanços já existentes no sentido de reconhecimento da possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo restringem-se ao âmbito jurisprudencial.

Assim, a omissão legislativa impõe ao indivíduo homossexual que pretenda constituir família os controversos regramentos sucessórios dispensados às uniões estáveis, implicando muitas vezes em enriquecimento ilícito de parentes distantes do de *cujus* em detrimento daquele que verdadeiramente constituiu com este entidade familiar, baseada na afetividade e nos deveres de lealdade e mútua assistência.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Maria de Fátima. **Paradoxos da Família Contemporânea**. In: Psicologia e Sociedade. vol. 23, p. 436-437, 2011.

BARROSO, Luís Alerto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a Constituição do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional n Brasil**. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. vol. 1, p. 143, maio 2011.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias Homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Revogada pela Lei 10.406, de 2002. Brasília: Senado Federal, 1916. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm.

_____. **Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

_____. **Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Lei 8.009, de 29 de março de 1990**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 380**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n º 615.261/PR**, Brasília, DF, julgado em 16/08/2010, rel. Marco Aurélio. Disponível em
<http://www.stf.jus.br>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n º 4277/09**, Brasília, DF, julgado em 05/05/2011, rel. Ayres Britto. Disponível em
<http://www.stf.jus.br>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/08**, Brasília, DF, julgado em 05/05/2011, rel. Ayres Britto. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 154.857/DF**, da 6ª Turma, Brasília, DF, julgado em 26/05/1998, rel. Vicente Cernicchiaro, publicado no DJU 26/10/1998. Disponível em <http://www.revistadostribunais.com.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.329.993**, da 4ª Turma, Brasília, DF, julgado em 17/12/2013, rel. Luis Felipe Salomão. Disponível em <http://www.revistadostribunais.com.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 704.803/RS**, da 3ª Turma, Brasília, DF, julgado em 16/12/2010, rel. Vasco Della Giustina. Disponível em <http://www.direitohomoafetivo.com.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 38.657-8**, da 4ª Turma, Brasília, DF, julgado em 22/03/1994, rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em <http://www.revistadostribunais.com.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 820.475/RJ**, da 4ª Turma, Brasília, DF, julgado em 02/09/2008, rel. Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em <http://www.revistadostribunais.com.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 889.852/RS**, da 4ª Turma, Brasília, DF, julgado em 27/04/2010, rel. Luis Felipe Salomão. Disponível em <http://www.revistadostribunais.com.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.026.981/RJ**, da 3ª Turma, Brasília, DF, julgado em 04/02/2010, rel. Nancy Andrichi. Disponível em <http://www.revistadostribunais.com.br>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.183.378/RS**, Brasília, DF, julgado em 25/10/2011, rel. Luis Felipe Salomão. Disponível em <http://www.stj.jus.br>.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175 – CNJ**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-175-de-14-de-maio-de-2013>.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.285/2007**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>.

CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das Sucessões**. 5ª ed. São Paulo Atlas, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: direito de empresa**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **União Homoafetiva**: um sonho convertido em casamento. *In*: Revista dos Tribunais. vol. 909, p. 1047, julho 2011.

_____. (Coord). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: volume 5, direito de família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 599.075.496**, da 8ª Câmara Cível, Porto Alegre, RS, julgado em 17/06/1999, rel. Breno Moreira Mussi. Disponível em <http://www.direitohomoafetivo.com.br>.

_____. Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Provimento nº 006/2004**. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade II**: o uso dos prazeres. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

_____. **História da Sexualidade I**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil**: volume 4, tomo I, contratos: teoria geral. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil**: sucessões. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**: guarda compartilhada à luz da lei n.º 11.698/08; família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Direito de Família Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

LAGRASTA NETO, Caetano. **Família e União Estável no Novo Código Civil**. *In*: Doutrinas Especiais Família e Sucessões. vol. 2, p. 1177, agosto 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **A Repersonalização das Relações de Família**. *In*: Doutrinas Essenciais Família e Sucessões. vol. 1, p.145, agosto 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDEIROS, Anna Paula Alves de Medeiros; NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. **A Redefinição do Conceito de Família na Perspectiva do Neoconstitucionalismo**. In: Revista de Direito Privado. vol. 55, p. 265, julho 2013.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. **Eficácia Contra Todos e Efeito Vinculante das Decisões Definitivas de Mérito Proferidas Pelo Supremo Tribunal Federal em Arguição de Descumprimento Fundamental Decorrente da Constituição**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 68, p. 258, julho 2009.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NICOLAU, Gustavo Rene. **Direito Civil: sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das Pessoas e das Famílias: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

REINIG, Guilherme Henrique Lima. **Aspectos Polêmicos da Sucessão do Companheiro: a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02**. In: Revista dos Tribunais. vol. 931, p. 117, maio 2013.

RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Esmafe, 2001.

_____. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual: a homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-Americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____(Org.). **Em Defesa dos Direitos Sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. **Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROSA, Conrado Paulino da. **O Casamento Homoafetivo e a Sua Possibilidade Jurídica**. In: Revista dos Tribunais. vol. 925, p. 379, novembro 2012.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SIMÃO, José Fernando. et al. **Direito de Família no Novo Milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo**. São Paulo: Atlas, 2010.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: volume 6, direito das sucessões**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

VARGAS, Fábio de Oliveira. **União homoafetiva: direito sucessório e novos direitos.** 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

VINCENZI, Brunela Vieira de. **É Digno Ser Humano? Ou És Digno, Ser Humano?**
In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 82, p. 75, janeiro 2013.