



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO
CURSO DE DIREITO

VICTOR MATHEUS SILVA FERRERE

FAMÍLIA, SUCESSÃO E PRECONCEITO: A EVOLUÇÃO E OS DESAFIOS DO DIREITO
HOMOAFETIVO NO BRASIL

FORTALEZA

2019

VICTOR MATHEUS SILVA FERRERE

FAMÍLIA, SUCESSÃO E PRECONCEITO: A EVOLUÇÃO E OS DESAFIOS DO DIREITO
HOMOAFETIVO NO BRASIL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

FORTALEZA

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- F446f Ferrere, Victor Matheus Silva.
Família, sucessão e preconceito : A evolução e os desafios do direito homoafetivo no Brasil / Victor Matheus Silva Ferrere. – 2019.
92 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2019.
Orientação: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.
1. Direito Homoafetivo. 2. Família. 3. Casamento igualitário. 4. União homoafetiva. 5. Sucessão. I. Título.

CDD 340

VICTOR MATHEUS SILVA FERRERE

FAMÍLIA, SUCESSÃO E PRECONCEITO: A EVOLUÇÃO E OS DESAFIOS DO DIREITO
HOMOAFETIVO NO BRASIL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Bel. Marla Monise Campos de Castro Veras
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Bel. Thaynara Andressa Frota Araripe
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Às minhas três mães – Lenice, Solange e Nereide.

AGRADECIMENTOS

Não é segredo que eu tive bastante dificuldade na minha vida acadêmica, principalmente na conclusão da graduação. Não era segredo nem para mim, antes mesmo de entrar na universidade, que eu demoraria um pouco a escrever minha monografia, visto que eu tinha (e ainda tenho) certo pânico em cumprir prazos e falar em público. O lado positivo de ter levado tanto tempo para finalizar essa fase da minha vida é que eu conheci muitas pessoas pelo caminho, que me ajudaram e que merecem ser citadas nesses agradecimentos; o lado negativo é que perdi algumas também, que acabaram partindo sem ter visto esse importante acontecimento da minha vida, mas as quais eu levo sempre em meu coração.

Agradeço, primeiramente, à minha pequena família: minha mãe, Solange, verdadeira companheira e amiga, que deu tudo de si na minha criação e que não consegue esconder nunca o quão orgulhosa é de mim (embora nem sempre eu mereça); minha avó, Lenice, que é uma verdadeira segunda mãe e, mesmo que pareça frágil, enfrenta as batalhas da vida com imensa bravura; meu avô, Nargildo, presente em toda minha vida com seu afeto e seu sorriso incompleto; meu tio, Narlen, que, mesmo distante, sempre torceu por mim e me deu seus conselhos, e a quem eu admiro como um modelo; minha tia, Nereide, que foi minha terceira mãe, minha eterna madrinha de formaturas, nossa primeira graduada e que, infelizmente, partiu antes de ver esse sonho realizado, um arrependimento que eu terei que carregar a vida toda; e meu pai, Pádua, que nunca se envergonhou de dizer que me amava, mas que partiu quando eu ainda era novo demais para dar a ele o valor merecido.

Em segundo lugar, agradeço à minha grande família: minhas tias-avós, Lucíola, que sempre me acolheu e ainda me acolhe em sua casa como a um filho, e Luciene, que não só acolhia a mim em sua casa como a todos os seus sobrinhos e sobrinhos-netos até o último dia de sua vida; minha prima, Eva, verdadeira companheira de aventuras, que sempre cuidou de mim com seu jeito particular de ser, sem a qual eu não teria conseguido atravessar a adolescência e o começo da vida adulta e a quem devo a vida, o celular, a carona e a diversão em muitas ocasiões; minha prima Rebeca, sempre pronta a ajudar seus familiares como pode, que está em constante crescimento como pessoa e a quem admiro pela notável capacidade de assumir seus erros, se reinventar e aproveitar a vida; a meus vários primos, de primeiro, segundo ou terceiro grau – Felipe, Rafael, André –, e tios, tios-avós e tios de criação – Lima, Josilene, Lélia, Mats, Stefan, Sergii –, que, a sua maneira, me ajudaram a me tornar o que sou hoje.

Também preciso agradecer a meus amigos, aos quais, pelos momentos vividos, devo a sanidade para suportar a graduação e a força para chegar até o fim e cujos agradecimentos serão divididos em quatro partes iguais: aos amigos Júnior, Alisson e Eva (citada agora pela segunda vez), que estão comigo há mais tempo, com os quais vivi, certamente, os melhores momentos da minha juventude; aos amigos Alúcio, Marília e Joana, que me acompanharam de perto dentro da academia, a quem devo os momentos felizes vividos em sala de aula, todo o suporte acadêmico – notas de aulas, materiais, informações – que me deram nessa jornada; aos amigos Caio, Ycaro, Gabriela e Fernanda, cuja amizade começou dentro da faculdade, quando eu achava que já havia conhecido todas as pessoas que valiam a pena ali, mas que se desenvolveu fora dela e tornou-se tão importante quanto as outras; e às amigas e vizinhas Rebeca e Ravena, a quem devo a formatação desse trabalho e todo o apoio com minhas gatinhas quando estou fora, e Makelli, que vive me dando os melhores presentes e que está sempre disposta a me ajudar em tudo que eu peço (e eu peço!), últimas adições a esse seleto rol de grandes amigos, que são pessoas maravilhosas e já muito especiais em minha vida. Todos vocês fazem, na prática, parte da minha família também.

Parte da dificuldade em concluir essa fase se deveu à minha vida profissional, que começou alguns meses antes da faculdade e perdura até hoje, ocupando meu tempo, mas também pagando minhas contas. Esse trabalho não seria possível sem o valoroso apoio de todos os meus colegas de trabalho, principalmente de alguns deles que se tornaram verdadeiros amigos. Esse agradecimento vai, então, para minha grande amiga na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, Marília, e para meus vários amigos no Banco do Brasil: meus primeiros companheiros nessa jornada de quase cinco anos, Priscilla, Luana e Tiago; meus mentores, Vera e Rabelo; e meus mais novos companheiros de trabalho, com os quais divido grande parte do meu dia e aos quais sou grato pela paciência, apoio, caronas, dicas e conselhos, Talita, Patrícia, Rosângela, Nathalia, Inaldo e todos os outros escrivães, assistentes e gerentes.

Não posso deixar de agradecer ao meu orientador, o Professor William, não apenas pela orientação, mas pelos conselhos acertados, pelo bom humor de sempre e pelo incentivo para a finalização desse trabalho. Aproveito também para agradecer à amiga mestrande Thaynara pela gentileza e disponibilidade de compor a banca e avaliar meu trabalho.

Por último e não menos importante, agradeço ao meu companheiro e amor, Keyner, por ter sempre me apoiado e estado comigo nesse e em todos os outros momentos da minha vida desde que nos conhecemos. Esse trabalho é, essencialmente, sobre a defesa do amor e a luta contra o ódio e a ignorância, por isso eu não poderia deixar de registrar meu amor eterno e incondicional e meu crescente respeito pela pessoa maravilhosa que você tem sido durante nossos anos juntos. A vida com você, Emma e Ororo é melhor do que eu jamais teria sido capaz de sonhar.

“Palavras são, na minha não tão humilde opinião,
nossa inesgotável fonte de magia. Capazes de ferir e
de curar. ”

Albus Dumbledore.

RESUMO

Discute-se os direitos dos casais homoafetivos no âmbito do Direito de Família e do Direito das Sucessões, principalmente a partir do sistema de garantias inaugurado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF. Trata-se da visão das sociedades e dos respectivos ordenamentos jurídicos sobre a homossexualidade, passando pela influência da religião e pelo laicismo do Estado até a descriminalização e despatologização da homossexualidade. Também discute-se o Direito Homoafetivo brasileiro e sua relação com os princípios constitucionais em vigor desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Traz-se informações do Direito estrangeiro, focando-se na situação jurídica atual em que se encontram os homossexuais nesses países. Versa-se também sobre direitos alcançados pela comunidade LGBT brasileira e o histórico da união estável e da união homoafetiva no Brasil. Explana-se os aspectos gerais da sucessão – princípios, institutos, elementos, procedimentos e vedações – e justapõe-se o tema com os casais formados por pessoas do mesmo sexo.

Palavras-chave: Direito Homoafetivo. Família. Casamento igualitário. União homoafetiva. Sucessão.

ABSTRACT

It discusses the rights of homoaffective couples in Family Law and Probate Law, mainly based on the system of guarantees opened by the Federal Supreme Court in the judgment of the ADPF n° 132/RJ and of the ADI n° 4.277/DF. It approaches the vision of societies and their legal systems on homosexuality, going from the influence of religion and state secularism to the decriminalization and depathologization of homosexuality. Brazilian Homoaffective Law and its relation with the constitutional principles in force since the promulgation of the Federal Constitution of 1988 are also discussed. Information is provided on foreign law, focusing on the current legal situation of homosexuals in these countries. It is also about rights achieved by the Brazilian LGBT community and the history of the stable union and homoaffective union in Brazil. It explains the general aspects of succession – principles, institutes, elements, procedures and fences – and juxtaposes the theme with couples formed by persons of the same sex.

Keywords: Homoaffective Law; Family; Equalitarian marriage; Homoaffective union; Probate.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	DELIMITAÇÃO CONCEITUAL, INFLUÊNCIAS RELIGIOSAS E PRINCÍPIOS ORIENTADORES.....	14
2.1	Delimitação conceitual.....	14
2.2	Homossexualidade e a Classificação Internacional de Doenças.....	16
2.3	Homossexualidade e religião.....	17
2.4	Laicismo.....	21
2.5	Princípios norteadores do direito homoafetivo e sua aplicação.....	24
3	DIREITOS LGBT RECONHECIDOS NO BRASIL, HISTORICIDADE DA UNIÃO HOMOAFETIVA E DIREITO COMPARADO.....	34
3.1	Direitos adquiridos.....	34
3.2	Concubinato, sociedade de fato e união estável.....	38
3.3	União estável homoafetiva.....	44
3.4	Casamento homoafetivo.....	46
3.5	Direito comparado.....	47
3.5.1	<i>Américas</i>	49
3.5.2	<i>Europa</i>	50
3.5.3	<i>África, Ásia e Oceania</i>	51
4	DIREITO SUCESSÓRIO E RELAÇÕES HOMOAFETIVAS.....	55
4.1	Instituto da sucessão.....	55
4.2	Princípio da <i>saisine</i>	57
4.3	Sujeitos.....	58
4.4	Herança e herdeiros.....	60
4.5	Ordenamento da vocação hereditária.....	62
4.6	Testamento e sucessão testamentária.....	66
4.7	Inventário e partilha.....	68
4.8	Direitos sucessórios dos casais homoafetivos.....	72
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	78
	REFERÊNCIAS.....	82
	ANEXOS.....	84

1 INTRODUÇÃO

A família tem, historicamente, um papel de destaque na sociedade. Sua função vai muito além de garantir a unidade patrimonial de seus membros, incluindo também o desenvolvimento humano, psicológico e social daqueles que a compõem. Ela se constitui como a primeira experiência social do indivíduo, o primeiro grupo a exercer sobre ele uma *força coativa*, o que fortalece seus laços com a comunidade e com as regras que preexistem.

Há também aspectos polêmicos no histórico da família como fenômeno social. O núcleo familiar é instrumentalizado, principalmente pelos grupos religiosos dentro da sociedade, para a perpetuação de práticas conservadoras e opressoras, das quais são espécie a submissão feminina e a heteronormatividade nas relações afetivas. No que concerne à civilização ocidental, na qual se insere o Brasil, foi do cristianismo o protagonismo na sacramentalização do instituto e na propagação de um modelo único de família.

Recentemente, arranjos familiares que fogem à regra (pai provedor, mãe doméstica e filhos naturais) têm tido respaldo social e jurídico porque, na prática, a família moderna não é mais representada apenas por aquela fundada no matrimônio e focada na procriação. A crescente independência feminina, a legalização do divórcio, o fim da discriminação aos filhos extraconjugais e aos adotivos, a luta do movimento LGBT pelo casamento igualitário, todos esses são alguns dos fatores que impulsionaram as mudanças no Direito de Família não só no Brasil como no mundo.

Entre as formas de família surgidas com o desenvolvimento dos direitos civis ou simplesmente reconhecidas e definidas pela doutrina especializada, pode-se citar a família *monoparental*, formada somente por um dos genitores e a prole, a *eudemonista*, em que o vínculo entre os membros é decorrente do afeto em detrimento da relação genética, e a *homoafetiva*, constituída por ao menos um casal de mesmo sexo e sua eventual prole. Dá-se especial destaque ao último modelo citado no rol de exemplos por ser esse o eixo central dessa pesquisa, assim como os efeitos sucessórios decorrentes de seu reconhecimento.

Portanto, no decorrer do trabalho, responde-se a determinados questionamentos: historicamente, quais efeitos jurídicos foram atribuídos aos relacionamentos *de facto* homoafetivos e heteroafetivos? Como são tratados os relacionamentos entre pessoas de mesmo sexo no Direito brasileiro? O companheiro homoafetivo supérstite é parte legítima na sucessão do *de cujus*? A legislação brasileira foi alterada para reconhecer as uniões homoafetivas?

Justifica-se a pesquisa pela sucessão no casamento homoafetivo ser um tema relativamente novo e ainda bastante polêmico. Trata-se de um fenômeno que ultrapassa as barreiras jurídicas, alcançando o cotidiano e as relações sociais de todas as classes sociais. Além disso, como o casamento homoafetivo e outras pautas de interesse da comunidade LGBT têm sido tratados com desprezo e preconceito pelo Poder Legislativo, há justa causa em desenvolver o assunto academicamente para combater a baixa relevância conferida a ele no processo legislativo brasileiro.

Esse trabalho se propõe também como um instrumento de conscientização contra o preconceito e a discriminação. Produções acadêmicas que coloquem em destaque temas relacionados à comunidade LGBT são minoria, mas essenciais na luta contra a desinformação e o silenciamento dessas pautas.

Tem-se, então, como objetivo geral analisar historicamente o desenvolvimento das relações homoafetivas e a forma como se deu seu reconhecimento jurídico no cenário brasileiro, assim como desmistificar os reflexos desse recente tratamento jurídico no âmbito do Direito das Sucessões. Objetiva-se também, por meio da comparação e da correlação de certas nomenclaturas, situar a realidade jurídica brasileira no panorama internacional.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas por meio de pesquisa bibliográfica e documental, pelo método dialético. A pesquisa é básica estratégica, a abordagem é qualitativa e, quanto aos objetivos, é descritiva.

Para facilitar o desenvolvimento do assunto e o alcance dos objetivos gerais e específicos propostos, o trabalho monográfico é dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, é abordado o Direito Homoafetivo de forma geral, dando-se maior destaque aos seus aspectos históricos. Trata-se da visão das sociedades e dos respectivos ordenamentos jurídicos sobre a homossexualidade, passando pela influência da religião e pelo laicismo do Estado até a descriminalização e despatologização da homossexualidade. Também discute-se, adentrando um pouco no Direito Homoafetivo brasileiro, a sua relação com os princípios constitucionais em vigor desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Aproximando mais o assunto do Direito brasileiro, mas ainda trazendo algumas informações do Direito estrangeiro, o segundo capítulo foca exatamente na situação jurídica atual em que se encontram os homossexuais. Em seus subitens, o capítulo versa, basicamente, sobre direitos alcançados pela comunidade LGBT no Brasil (não apenas no âmbito do Direito de Família, mas também no do Direito das Sucessões, do Direito Previdenciário, do Direito do Trabalho e dos Direitos Humanos), o histórico da união estável e da união homoafetiva no

Brasil e as diversas formas de união homoafetiva reconhecidas legalmente no Brasil e no mundo.

O terceiro capítulo se insere completamente na seara do Direito das Sucessões nas relações homoafetivas. Explana-se, de início, os aspectos gerais da sucessão – princípios, institutos, elementos, procedimentos e vedações – para que, só então, tal tema seja colocado em justaposição com os casais formados por pessoas do mesmo sexo.

2 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL, INFLUÊNCIAS RELIGIOSAS E PRINCÍPIOS ORIENTADORES

O termo *homoafetivo* foi cunhado pela então desembargadora Maria Berenice Dias em sua obra *União homossexual: o preconceito e a justiça* (2000). Segundo a desembargadora, que é também autora de vários artigos e livros que pautam a pluralidade das famílias, esse termo é mais abrangente por incluir diferentes identidades de gênero.

A origem da palavra *homoafetivo*, assim como a de *homossexual*, vem do grego antigo, onde *homos* significa igual ou semelhante. A diferença, além da maior abrangência já citada, está no destaque para a afetividade em vez da sexualidade, que muitas vezes é um aspecto estigmatizante da comunidade LGBT, vista pela falsamente moralista sociedade brasileira como mais promíscua.

No presente capítulo, são abordados a definição de homossexualidade, o que diz a Classificação Internacional de Doenças (CID), a relação conturbada entre a religião e a homossexualidade, a importância do Estado laico para a conquista de direitos, os princípios norteadores do direito homoafetivo e a diferenciação entre preconceito e discriminação.

2.1 Delimitação conceitual

Na contemporaneidade, a homossexualidade tem sido cada vez mais pautada pelos doutrinadores, os quais abordam o tema de diferentes maneiras de acordo com suas convicções político-ideológicas. Entretanto, o ponto comum entre a maioria dos autores quando se trata da homossexualidade é que o assunto é tratado como se fosse fenômeno atual da sociedade moderna, o qual só mereceu atenção jurídica agora.

O que esses autores desconhecem, tal como a maior parte da sociedade, é que o envolvimento afetivo entre dois homens ou duas mulheres é tão antigo quanto aquele entre pessoas de sexos diferentes, como afirma Dias (2011a). No entanto, ainda que o objeto de estudo seja antigo, a falta de familiaridade com ele compartilhada pela maior parte das pessoas requer que algum tempo seja gasto definindo detalhadamente a homossexualidade.

Baseando-se na obra de Fabiana Marion Spengler (2003, p. 39), sabe-se que “[...] seu vocábulo só foi criado pelo médico húngaro Benkert em 1969.” Nesta mesma linha de raciocínio, expõe Cláudia Thomé Toni (2008, p. 7) que “[...] o vocábulo *homossexual* é oriundo da raiz da palavra grega *hómos*, que significa semelhante, e da palavra latina *sexu*,

que significa relativo a sexo. Portanto, o termo *homossexual* significa sexualidade semelhante ou pertinente ao mesmo sexo. ”

Supracitada autora delimitou apenas a origem etimológica do termo em vez de traçar uma definição mais ampla da palavra. Dessa forma, vem em auxílio Enézio de Deus Silva Júnior (2011, p. 98) quando conceitua os homossexuais como “[...] sejam do sexo masculino (*gays*), sejam do sexo feminino (lésbicas), são as pessoas que se atraem emocional, sexual e afetivamente por outras do mesmo sexo biológico. ”

Faz-se necessário, a título de comparação e de reforço do ponto norteador deste trabalho, definir o que seria a heterossexualidade, tida como norma e cuja definição está implícita naquela já citada, visto esta ser o *oposto* daquela. Ou seja, nos parâmetros atuais, em que ainda consideramos os gêneros masculino e feminino como opostos por serem os dois únicos reconhecidos pela lei brasileira, os heterossexuais (da palavra grega *heteros* para diferente) são aquelas pessoas, do sexo masculino ou feminino, que se atraem emocional, sexual e afetivamente por uma do sexo *oposto* (sexo masculino atraído por sexo feminino e sexo feminino atraído por sexo masculino).

Visando a unir e a fortalecer a massa interessada na conquista de direitos iguais para os homossexuais, muitos outros nomes foram criados para se referir a essa comunidade. A luta dos homossexuais por direitos iguais nunca esteve isolada, contando sempre com a participação de bissexuais, transgêneros e outros, inclusive as lésbicas, as quais, embora homossexuais, muitas vezes se sentem invisibilizadas dentro do próprio movimento e tem a necessidade de se afirmarem com individualidade. Daí nasceram diferentes terminologias como GLS (*gays*, lésbicas e simpatizantes), *mix*, *friendly*, GLBT (*gays*, lésbicas, bissexuais e transgêneros), dentre outras.

Em 2008, a partir da realização da I Conferência Nacional GLBT, sediada em Brasília, deliberou-se a alteração da sigla para LGBT. Embora pareça pequena, a mudança partiu de uma conferência histórica tanto por ser a primeira realizada em âmbito federal quanto por ter marcado um avanço na organização do movimento LGBT e na sua participação na política institucional. Além disso, é necessário destacar o objetivo maior da mudança, qual seja o de dar uma maior visibilidade às mulheres inseridas no movimento, como bem explica Silva Júnior (2011, p. 97):

Atualmente, dado o propósito de destacar as mulheres e de combater preconceitos com base nos gêneros (também perceptíveis no vasto e heterogêneo universo homossexual), a partir da I Conferência Nacional GLBT, sediada em Brasília em junho de 2008 – convocada, pela primeira vez na história brasileira, por um Decreto Presidencial (de 28.11.2007, DOU 29.11.2007) –, firmou-se decisão, após as

discussões devidas, no sentido de ser priorizada a sigla LGBT (que começa, pois, focando as lésbicas).

Definiu-se neste item, como foi visto, o termo homossexualidade. Entretanto, é importante notar que, até pouco tempo, o termo mais comum para se referir ao envolvimento sexual entre pessoas do mesmo sexo era homossexualismo, com um sufixo diferente.

2.2 Homossexualidade e a Classificação Internacional de Doenças

Historicamente, a homossexualidade foi encarada como muito mais que um simples pecado ou desvio de conduta moral, como ainda é visto por uma parcela da sociedade brasileira. A influência da Igreja era grande até mesmo sobre a ciência, e a medicina acreditava que o comportamento homossexual, sob o nome de *homossexualismo*, era uma doença. Como bem descreve Dias (2011a, p. 48), “Na Idade Média, em face da influência das concepções religiosas, a Medicina considerava o ‘homossexualismo’ uma doença, enfermidade que acarretava a diminuição das faculdades mentais. Um mal contagioso decorrente de um defeito genético.”

A consequência disso é que, com a fundação da Organização Mundial da Saúde em 1948 e a publicação da Classificação Internacional de Doenças, o “homossexualismo” continuou figurando na lista de enfermidades, diagnosticado pelos médicos como um “defeito genético”, conforme assevera Dias (2011a, p. 48). Somente em 1995 a Classificação foi revista, deixando oficialmente o “homossexualismo” de ser considerado uma doença. A partir de então, passou a ser de bom tom, senão *obrigatório*, a troca do sufixo *ismo*, comumente utilizado para designar patologias pela medicina, por *dade*, que significa *modo de ser*. Silva Júnior (2011, p. 109) assim resume que “A homossexualidade, destarte, é considerada, no máximo, um transtorno de preferência sexual – na medida em que, se os homossexuais apresentam distúrbios ou transtornos psicológicos, estes derivam dos preconceitos e não da orientação sexual *per se*.”

Nessa ordem de ideias, complementa Dias (2011b, p. 196) expondo que “O termo homossexualismo foi substituído por homossexualidade, pois o sufixo *ismo* significa doença, enquanto o sufixo *dade* quer dizer modo de ser.”

Em resumo, é extremamente desrespeitoso o uso do termo homossexualismo quando a sua substituição pelo termo homossexualidade representa uma árdua conquista da comunidade LGBT, qual seja, a retirada da homossexualidade do rol de patologias da OMS. Infelizmente, a utilização do termo homossexualismo permanece sendo bastante comum

mesmo em textos jornalísticos e jurídicos. Essa realidade denota uma falta de conhecimento preocupante inclusive no meio técnico, o que justifica a elaboração deste trabalho, ou uma falta de tato, inerente muitas vezes às pessoas contrárias à conquista de direitos iguais pela comunidade LGBT.

2.3 Homossexualidade e religião

A homossexualidade está presente na sociedade desde os tempos mais remotos. Mais que isso, é provável que a homossexualidade esteja presente desde o início do universo, visto que tal comportamento já foi observado em animais de diversas espécies.

Na Antiguidade, as referências históricas concernentes à homossexualidade são mais comumente encontradas na Grécia Antiga e no Império Romano. É normal que muitos acreditem que nessas civilizações a homossexualidade fosse algo integralmente tolerável, mas não era bem assim.

Da mesma forma que a heterossexualidade estava ligada à procriação, a homossexualidade na Grécia tinha funções específicas que a afastavam da noção de diversidade sexual que temos hoje. Os cidadãos gregos se comportavam tanto heterossexual como homossexualmente em determinados contextos sociais e, apenas dentro desses contextos, sua sexualidade era plenamente respeitada, como podemos depreender a partir desta passagem escrita por Dias (2011a, p. 34-36):

Na Grécia, o livre exercício da sexualidade fazia parte do cotidiano de deuses, reis e heróis [...] Vista como uma necessidade natural, a homossexualidade restringia-se a ambientes cultos, como manifestação legítima de libido, verdadeiro privilégio dos bem-nascidos. Não era considerada uma degradação moral, um acidente ou um vício. Todo indivíduo poderá ser ora homossexual ora heterossexual, dois termos, por sinal, desconhecidos na língua grega. [...] os homens gregos cortejavam os meninos de seu interesse, com agrados que visavam persuadi-los a reconhecer sua honra e suas boas intenções.

Cabe uma crítica, entretanto, ao trecho citado de Dias, visto que nem todos os “indivíduos” podiam expressar sua sexualidade plenamente. As mulheres eram, muitas vezes, consideradas inferiores aos homens na sociedade grega. Embora houvesse certas diferenças culturais dentro da própria Grécia Antiga, como aquelas historicamente citadas entre as mulheres atenienses e espartanas, predominava ainda assim a subjugação feminina entre os gregos clássicos.

Neste sentido, expõem Francisco Carlos Moreira Filho e Daniela Martins Madrid (2008, p. 4):

Porém, são inúmeros os estudos sobre a homossexualidade na Antiga Grécia e no Império Romano. Na Grécia Antiga, onde as mulheres eram vista totalmente inferiores aos homens, tanto que somente os homens é que recebia educação, cabendo as mulheres aprenderem somente os tratos domésticos e serem mães, era de costume que os homens se reunissem para discursos intelectual e culto ao belo. É neste culto ao belo é que se pode verificar a homossexualidade na Grécia Antiga, pois muitos dos gregos principalmente os mais velhos se reuniam nos ginásios para apreciar a beleza física dos jovens, que nestes ginásios se mantinham nus.

Observa-se, portanto, que a homossexualidade e a heterossexualidade conviveram em certa harmonia, exercendo papéis distintos, mas complementares na sociedade grega da Antiguidade. Após o domínio da Grécia por Roma, muito da cultura grega foi assimilada pelos romanos, sendo o aspecto mais importante a religião.

Também na sociedade romana, a homossexualidade era considerada um aspecto comum da sexualidade humana. A maior diferença para a forma de encarar a homossexualidade pelos gregos era a inferiorização do polo passivo na relação, visto que tal posição era associada às mulheres, jovens e escravos, ou seja, indigna de um homem romano. Tal situação foi profundamente agravada pela assimilação do cristianismo pela sociedade romana, o que ocasionou uma extrema moralização nos costumes.

Na civilização romana, o cristianismo ganhou cada vez mais força, sendo instrumentalizado pela Igreja Católica Apostólica Romana. Além de poder sobre a espiritualidade pública, a Igreja se aproximou do Estado, criando o que pode ser descrito como uma institucionalização das práticas religiosas. Com a queda do Império Romano e o advento da Idade Média, a Igreja não era mais apenas uma instituição independente, pois seu papel se imiscuiu com aquele do Estado e chegou a suplantá-lo.

A Igreja Católica, a mais relevante nesse período histórico, via – e ainda vê – a homossexualidade como algo danoso à espiritualidade, ao qual dá-se o nome de pecado. Na Idade Média, muitos dos aspectos sociais eram controlados de perto pela Igreja sob a orientação bíblica, sendo todos os pecados um conjunto homogêneo de condutas a serem evitadas, como evidencia Dias (2011a, p. 38):

Somente as uniões devidamente abençoadas pela Igreja eram válidas, firmes e indissolúveis. O ato sexual foi reduzido a fonte de pecado. A virgindade era cultuada como um estado mais abençoado do que o próprio casamento, o sexo ligado ao prazer estava associado à noção de impureza, transgressão, conduta pecaminosa, mesmo dentro do casamento.

Entende-se, portanto, que, durante a Idade Média, aumentou a perseruição ao pecado e, conseqüentemente, aos homossexuais, os quais, obviamente, não deixaram de existir, mas passaram a ter sua sexualidade limitada. A Igreja condenava o sexo tido como “banal”, ou seja, voltado exclusivamente para o prazer, visto que tal ato deveria ser praticado apenas com objetivos procriativos e, mesmo então, deixava de ser impuro.

Cabe ressaltar que a homossexualidade masculina sempre teve mais destaque do que a homossexualidade feminina, tanto no que diz respeito aos estudos científicos quanto à perseguição religiosa. Isso se deve ao fato da Igreja ter considerado mais grave a conduta homossexual masculina, visto que o sêmen seria desperdiçado; acreditava-se, então, que o sêmen fosse o elemento-chave da procriação e, portanto, não poderia ser dispensado de jeito nenhum. Segundo Dias (2011a, p. 38):

Sempre foi muito maior a rejeição à homossexualidade masculina por haver perda de sêmen. O relacionamento entre mulheres era considerado uma mera lascívia. [...] a diversidade de tratamento justificava inclusive o fato de haver mais estudos sobre as relações entre homens.

Pode-se perceber, portanto, que além de oprimir principalmente as mulheres, o machismo também agravou a perseguição aos homossexuais de ambos os sexos. Se as mulheres já eram invisibilizadas na Grécia Antiga e no Império Romano, tendo sua sexualidade ligada apenas aos objetivos dos homens, fosse procriação ou prazer, na Idade Média, até isso lhes foi limitado pela Igreja, visto que o sexo servia apenas à procriação e deveria ser praticado o mínimo possível.

Além disso, a identificação da posição sexual passiva na relação homossexual masculina com as mulheres tornava tal comportamento repulsivo, reservado aos homens inferiores, o que em si já implicava a posição inferior das mulheres na sociedade. Isso piorou durante a Idade Média, visto que certas concepções machistas eram corroboradas pela Bíblia e reproduzidas pela Igreja. Para a Igreja, a mulher só estaria espiritualmente pura quando submissa ao homem. Dias (2011a, p. 33-34) resume: “Apesar dos povos antigos aceitarem o amor entre homens, era valorizado apenas o polo ativo da relação. Isso se explica porque o machismo, já naquela época, identificava o ato sexual ativo como postura masculina, sendo o ato sexo passivo tido como postura feminina.”

Depreende-se, dessa forma, que, para a mentalidade da época, a mulher, mesmo a heterossexual, não tinha desejos nem vontade própria, devendo apenas seguir e servir o seu

marido, para que esse sim alcançasse suas aspirações, as quais seriam benéficas para toda a família. Destaca-se que a Igreja, primeiramente a católica e mais tarde também a protestante, conseguiu por muito tempo manipular o Estado e a sociedade, tendo alcançado seu ápice na Idade Média. A fé e a espiritualidade, que hoje são tidas como aspectos da intimidade, tiveram por muito tempo *status* de assunto de Estado, interferindo na política e na cultura das nações.

A maior consequência dessa verdadeira confusão entre religião e Estado é que, por vários séculos, as convicções religiosas de certo e errado macularam a ciência e o direito. É por isso que, num passado relativamente recente, como já citado anteriormente, a homossexualidade ainda era tida como uma patologia pela comunidade médica internacional. É por isso também que, ainda hoje, notadamente em Estados com aspectos teocráticos, a homossexualidade é proibida e criminalizada.

Em suma, é indiscutível que a Igreja foi a maior responsável pela perseguição sofrida pelos homossexuais durante a Idade Média, principalmente no período da Inquisição. Ironicamente, era justamente nos mosteiros e nas sedes militares que se concentrava a maior parte dos homossexuais. Naquela época, durante os séculos XII e XIII, falava-se em *sodomia*, cuja prática era um crime mais grave até do que o incesto, sendo a homossexualidade masculina, como já citado, considerada muito mais séria do que a feminina, pois nesta não havia perda de sêmen e as mulheres não eram valorizadas. Nesse sentido, como afirma Rios (2006, p. 119-120), “o machismo é a origem remota da homofobia, ou seja, do preconceito e da discriminação contra os homossexuais”.

Na Antiguidade, a homoafetividade tinha um papel social diferente e era, dentro de contextos específicos, aceita. Entretanto, com o passar do tempo, as novas religiões foram influenciando a consciência social no sentido de condenar a homoafetividade. É claro que para transformar a mentalidade social – que entendia a homossexualidade como natural – em homofóbica são necessários séculos. Em outras palavras, a propaganda negativa contra os homossexuais foi eficiente não só para com a época em que se iniciou, mas para todas as gerações seguintes, que reproduziram e inclusive radicalizaram tais preconceitos.

Contudo, não é devido ao sucesso das campanhas religiosas em tornar a sociedade homofóbica que os homossexuais desapareceram. Ao contrário do que pregavam e ainda pregam muitas religiões, a homossexualidade não é o resultado isolado da corrupção da alma, da moralidade e dos bons costumes, mas uma expressão natural, saudável e recorrente da sexualidade humana. Infelizmente, diante da opressão constante, os homossexuais acabaram sendo submetidos a uma verdadeira clandestinidade.

2.4 Laicismo

A Igreja Católica e, mais tarde, o protestantismo sempre se colocaram contra a conquista de direitos pelos homossexuais na civilização ocidental, principalmente a partir do século XIX, quando este grupo começou a ganhar mais atenção da sociedade médica e psicológica. Visto que, com as condenações presentes nas escrituras bíblicas, há uma barreira interpretativa impossibilitando o cristianismo (a religião mais expressiva institucionalmente) de aceitar a homossexualidade como um aspecto natural do ser humano, a laicização do Estado se constituiu numa bandeira constante dos movimentos LGBT.

Convém destacar que, embora a Igreja muitas vezes apareça como adversária dos movimentos LGBT em sua luta, seu real inimigo é a *homofobia*. Homofobia é o termo utilizado para definir a reação negativa, verbal ou física, das pessoas para com a homossexualidade e os homossexuais. Spengler (2003, p. 41) explica que “A palavra homofobia tem sua origem nos termos gregos ‘homos’, que significa ‘o mesmo’, e ‘phobikos’, que quer dizer ‘ter medo de e/ou aversão a.’” O que move o movimento LGBT é a crença em que, da mesma forma que a homossexualidade é uma manifestação natural, a homofobia não o é, sendo esta última um comportamento ensinado por meio das instituições sociais – família, escola, igreja.

Ainda sobre a história do termo homofobia, Marco Aurélio Máximo Prado e Rogério Diniz Junqueira (apud DIAS, 2011a, p. 74-75) completam que:

O termo homofobia foi cunhado em 1972 pelo psicólogo americano George Weingerg para identificar o medo expresso por heterossexuais de estarem na presença de homossexuais. No entanto, passou a ser utilizado para identificar o conjunto de atitudes negativas em relação aos homossexuais, em alusão a situações de preconceito, discriminação contra a comunidade LGBT.

Dizer que o Estado brasileiro é laico é o mesmo que dizer que ele é leigo, secular (em oposição a eclesiástico). Segundo leciona Celso Lafer (2009, p. 226), “[...] laico significa tanto o que é independente de qualquer confissão religiosa quanto o relativo ao mundo da vida civil.” Ainda segundo Lafer (2009, p. 226):

Uma primeira dimensão da laicidade é de ordem filosófico-metodológica, com suas implicações para a convivência coletiva. Nesta dimensão, o espírito laico, que caracteriza a modernidade, é um modo de pensar que confia o destino da esfera secular dos homens à razão crítica e ao debate, e não aos impulsos da fé e às asserções de verdades reveladas. Isto não significa desconsiderar o valor e a relevância de uma fé autêntica, mas atribui à livre consciência do indivíduo a

adesão, ou não, a uma religião. O modo de pensar laico está na raiz do princípio da tolerância, base da liberdade de crença e da liberdade de opinião e de pensamento.

O princípio político do laicismo teve sua origem nas próprias concepções do Estado. O Estado laico é diferente do Estado teocrático e do Estado confessional. No Estado teocrático, os poderes religioso e político são um só (exemplo: Irã, onde as relações políticas, econômicas, sociais e culturais, legalmente, devem todas estar de acordo com o islã), enquanto no Estado confessional eles não se misturam, mas se confundem, visto que há vínculos jurídicos entre os dois (exemplo: Reino Unido, onde o Estado possui uma religião oficial e a própria chefe de Estado é líder desta, embora não possua nenhum poder político *de facto*).

Em perfeito resumo, Lafer (2009, p. 228) explica que “[...] em um Estado laico, as normas religiosas das diversas confissões são conselhos dirigidos aos seus fiéis e não comandos para toda a sociedade”.

No ano de 1890, com o advento do Decreto nº 119-A de autoria de Ruy Barbosa, o Brasil se tornou, em tese, um Estado laico. Antes desse decreto, havia apenas liberdade de crença no país, visto que a religião católica era tida como *oficial*, mas as outras não eram perseguidas nem proibidas. Entretanto, os cultos de religiões diferentes daquela adotada como oficial pelo Estado só podiam ser realizados no âmbito doméstico, ou seja, não havia *liberdade de culto*.

A vigente Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, inciso VI, dispõe que é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. Por força desses dispositivos constitucionais, diz-se que o Brasil é um Estado laico, onde há liberdade religiosa.

Contudo, embora a intenção dos nossos constituintes tenha sido a de ampliar as liberdades individuais religiosas, consta ressaltar que a Constituição de 1988 foi promulgada “sob a proteção de Deus”, como é possível verificar em seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, **sob a proteção de Deus**, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (grifo nosso)

Sobre o preâmbulo da Constituição, Thiago Massao Cortizo Teraoka (2010, p. 229) ensina que “isso não significa que a Constituição resolveu consagrar a necessidade de obediência a determinada doutrina religiosa. Não significa sequer a apologia a uma ideia monoteísta, em contraposição às religiões politeístas” e Fábio Dantas de Oliveira (2011) leciona que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição da República Federativa do Brasil, adota a tese da “irrelevância jurídica”, segundo a qual o preâmbulo não se situa no domínio do Direito, mas da política ou da história, possuindo apenas um caráter político-ideológico destituído de valor normativo e força cogente, motivo pelo qual não pode ser invocado como parâmetro para o controle da constitucionalidade.

Entretanto, há outros casos de mitigação do laicismo do Estado brasileiro pelas instituições políticas, notadamente as jurídicas, que deveriam guardar a lei e a Constituição. É o caso dos símbolos religiosos presentes em diversos prédios públicos (salas de audiência, tribunais, Congresso Nacional etc.), principalmente crucifixos, mas também imagens, quadros e até placas na entrada de alguns municípios, nas quais há referência a Jesus Cristo como o senhor daquela cidade.

Isso trouxe questionamentos no tocante à minoria religiosa que não se identifica com esses símbolos e não está representada na colocação de tais objetos. Já que o Brasil se diz um Estado laico, é vedado que haja manifestações do Estado brasileiro que contemplem uma única religião.

Registre-se então que, segundo a interpretação adotada no presente trabalho, não é lícito que prédios públicos ostentem quaisquer símbolos religiosos por contrariar o princípio da inviolabilidade de crença religiosa. O Estado deve respeito ao ateísmo e a quaisquer outras formas de crença religiosa. O predomínio do catolicismo no Brasil não justifica esses símbolos.

Não há discussão aqui sobre o mérito das religiões. Também não está sendo avaliada qual ou quais religiões o crucifixo representa. Não é do interesse público e não deveria ser do interesse do Estado. Se os símbolos ofendem a liberdade de crença ou descrença de uma única pessoa, já se torna justificada a retirada destes objetos. Entretanto, Teraoka (2010, p. 237) alerta que:

No Brasil, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, há jurisprudência no sentido de que os símbolos religiosos não devem ser obrigatoriamente retirados dos diversos tribunais. Com exceção do relator, todos os ministros entenderam que os objetos seriam símbolos da cultura brasileira e que não interferiam na universalidade e imparcialidade do Poder Judiciário. Também Gilmar Mendes, do STF, já manifestou, em entrevistas, que há “certo exagero”, naqueles que pretendem a retirada de

crucifixos nos tribunais. Na doutrina, José Levi Mello do Amaral Júnior está entre os que defendem a manutenção do crucifixo no Supremo Tribunal Federal, por motivos culturais e artísticos.

Infelizmente, parece que, no Brasil, em relação a pronunciamentos de órgãos oficiais, prevalece a posição de que os símbolos religiosos utilizados pelo Estado são constitucionalmente legítimos por questões culturais, artísticas e de tradição, com o que não concordamos.

2.5 Princípios norteadores do direito homoafetivo e sua aplicação

Com o viés protetivo inaugurado pela Constituição Federal de 1988 foi possível, ainda que com vários anos de atraso, ver surgir, por meio da construção crítica e evolutiva dos elementos constitucionais, um sistema jurídico, formado por princípios, normas e, principalmente jurisprudências, que reconhece e trata das relações homoafetivas, adentrando o âmbito do Direito de Família e do Direito das Sucessões. Nesse sistema, chamado de Direito Homoafetivo, destacam-se as decisões do Supremo na ADPF nº 132 e ADIN nº 4277, nas quais o modelo de constituição familiar “união estável” foi estendida aos casais de mesmo sexo. Em consequência disso e para complementação, foi proferido logo depois o *decisum* do Supremo Tribunal de Justiça que estendeu à união homoafetiva os mesmos direitos daquela heteroafetiva, notadamente a facilitação da sua transformação em matrimônio, que é determinada pelo comando constitucional do art. 226.

Previamente à análise do assunto em maiores detalhes, faz-se necessário analisar a constitucionalidade, em especial aqueles princípios que são mais evidentemente relacionados ao tema em tela – a inclusão das uniões homoafetivas no rol das famílias constitucionalmente tuteladas. Segundo Mônia Clarissa Hennig Leal (2003, p. 50), princípios seriam:

[...] elementos que expressam os fins que devem ser perseguidos pelo estado (em sua acepção mais ampla), vinculando a todos só entes e valendo como um impositivo para o presente e como um projeto para o futuro que se renova cotidianamente, constituindo-se numa eterna construção da humanidade.

A autora (2003, p. 50) completa afirmando que:

Por serem estes princípios os valores máximos expressos pelo pacto constitucional, eles se apresentam, por conseguinte, como imperativos por ocasião da elaboração da Constituição jurídica, estando Poder Legislativo constituinte (o poder constituído) a eles necessariamente obrigado, de modo que a ele somente cabe transportá-lo para o

texto, razão pela qual entendemos ser este momento de cunho declaratório, pois ao legislador não cabe a prerrogativa de deliberar acerca deles.

Entende-se que a Constituição deve garantir os referidos princípios para que deixem de ser apenas formais e assumam sua materialidade. A base da Carta Constitucional é formada pelos princípios, isto é, eles dão coesão e coerência para todo o ordenamento jurídico pátrio. Nessa linha de raciocínio, não se pode mais aceitar a retrógrada polêmica sobre o caráter normativo dos princípios.

Leal (2003, p. 54) continua:

[...] fica afastada a possibilidade de se analisar a Constituição apenas sob uma ótica estritamente legalista, devendo ser considerada também em seu conteúdo, representado, a nosso ver, pelos direitos fundamentais, em especial pela dignidade da pessoa humana, cujos elementos essenciais são incorporados à ordem jurídica na forma de princípios constitucionais.

Percebe-se que os princípios constitucionais possuem o condão de proteger e assegurar direitos sociais adquiridos e também aqueles pelos quais ainda se está lutando, como o tratamento igualitário dispensado às uniões homoafetivas. São essas normas que alicerçam a proteção constitucional garantida a essas uniões na mesma medida que aquela garantida às outras entidades familiares expressamente previstas no texto.

Entre os princípios aludidos, cita-se, em primeiro lugar, a dignidade da pessoa humana, a qual é base axiológica da Constituição Federal de 1988 e o fundamento maior das garantias fundamentais, elencada tanto na Declaração dos Direitos Humanos quanto na Carta Magna, no art. 1º, III, no lugar de honra destinado aos fundamentos da República Federativa do Brasil. Saulo Tarso Rodrigues e Michelle Matsuura Borralho (2008, p. 63) resumem da seguinte forma:

A partir dos seus objetivos fundamentais, a Carta Constitucional de 1988 prima, sem sombra de dúvidas, pela dignidade da pessoa humana como valor fundamental. Constata-se, desta forma, uma nova dinâmica do ordenamento constitucional brasileiro, que passa a incorporar os direitos humanos com os princípios de justiça e valor ético, conferindo o suporte axiológico para todo ordenamento jurídico.

Como atributo universal humano, a dignidade deve ser respeitada incondicionalmente, não sendo submetida a requisitos de raça, origem, sexo, credo, idade, condição social e até mesmo orientação sexual. Apresenta-se como valor intimamente unido ao ser humano e abrange o direito a uma vida plena.

Apesar de ser exaustivamente debatida, é seguramente possível concluir que a dignidade da pessoa humana não possui um conceito único fixo. De fato, após o estudo de várias análises desse princípio, Rodrigues e Borralho (2008, p. 59) sintetizam:

A dignidade humana está fundamentada no próprio ser humano, que possui necessidades basilares da sua própria essência, intrínsecas em seu próprio ser, que, no mínimo, precisam ser preservadas, para que não sejam violadas, cabendo a uma figura superior que detenha autonomia e legitimidade para assegurar que essas mínimas necessidades sejam atendidas onde aparece o ícone ESTADO.

Por outro lado, destaca-se que a expressão “dignidade da pessoa humana” não pode ser visualizada apenas de maneira externa. O princípio tem também um aspecto individual, interno, psicológico que deve ser garantido pelo direito positivo. Nessa linha, o centro existencial mínimo e intangível, como a privacidade ou a intimidade, também presta sua contribuição para a solidez de um conjunto jurídico protetor da dignidade humana; é imprescindível lembrar que a orientação sexual, em tese, está contida neste aspecto da dignidade humana ligado à intimidade.

Nesse sentido, como o princípio da dignidade humana é um direito de todos e deve ser assegurado pelo Estado, conseqüentemente, os homossexuais também possuem esse direito; logo, o não reconhecimento da união vivida como entidade familiar corrobora para uma ofensa a esse princípio, pois atinge dois planos distintos:

Por um lado, ela priva os parceiros homossexuais de uma série de direitos importantes, que são atribuídos aos companheiros na união estável: direito a alimentos, direitos sucessórios, direitos previdenciários, direitos no campo contratual, direitos na esfera tributária, etc. Por outro, ela é, em si mesma, um estigma, que explicita a desvalorização pelo Estado do modo de ser dos homossexuais, rebaixando-o à condição de 2ª classe (STF, ADPF 178, 2009, P. 20).

Percebe-se, desse modo, que os homossexuais, ao serem privados desse princípio constitucional, serão privados de uma vida digna, com respeito e de qualidade, além de não poderem exercer uma série de direitos que são atribuídos aos companheiros na união estável. É possível dizer, também, que o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar constitui violação a um outro aspecto do princípio da dignidade da pessoa humana: “a pessoa necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade. Sem este reconhecimento, ela perde a autoestima” (STF, ADPF 178, 2009, p. 21).

Esse reconhecimento é essencial não só pelo sistema judiciário brasileiro, mas também pela sociedade brasileira, haja vista o disposto na Constituição Federal ser que um

dos objetivos da República Federativa do Brasil é a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”. De nada adianta estar legalmente determinado se a sociedade continuar a discriminar os homossexuais; vê-se, portanto, que, além do viés legal, a questão envolve também um viés social. É por isso que:

Quando o Estado nega-se a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, ele atenta profundamente contra a identidade dos homossexuais, alimentando e legitimando uma cultura homofóbica. Afinal, se o que caracteriza o homossexual é exatamente o fato de que a sua afetividade e sexualidade são dirigidas às pessoas do mesmo sexo, rejeitar o valor das relações amorosas entre iguais é o mesmo que desprezar um traço essencial da sua personalidade. Há nisso, portanto, um grave atentado contra a dignidade da pessoa humana (STF, ADPF 178, 2009, p. 22).

O não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo viola outro dos aspectos do princípio da dignidade da pessoa humana, que seria a não instrumentalização da pessoa, pois cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo pela ordem jurídica, e não como um meio. Entretanto, quando o Estado nega o reconhecimento da união homossexual conseqüentemente está instrumentalizando os homossexuais e, fazendo isso, sacrifica os direitos e a autodeterminação deles em nome de uma concepção tradicional (STF, ADPF 178, 2009, p. 23). Logo, o não reconhecimento da união estável representa uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana em mais este aspecto.

Outro princípio constitucional violado é o princípio da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, que preceitua:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-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: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição.

A igualdade expressa na Constituição refere-se aos direitos e garantias fundamentais do ser humano, permitindo-lhe exigir do Estado que não haja distinção entre pessoas seja pelo sexo, cor, raça, religião, seja pela orientação sexual; isto é, este princípio impõe que todas as pessoas devem ser tratadas com o mesmo respeito não somente pelo Estado como também pela própria sociedade, porém, é dever do primeiro garantir a efetividade deste direito.

E qual é a importância deste princípio? “Reconhecer que todas as pessoas possuem o mesmo direito de formular e de perseguir autonomamente os seus planos de vida, e

de buscar a própria realização existencial, desde que não implique na violação de direitos de terceiro” (STF, ADPF 178, 2009, p. 10).

Pode-se averiguar que isso não se estende aos homossexuais, pois são impedidos de desfrutarem de algum direito devido ao preconceito em relação ao modo de vida que levam e, sendo assim, são prejudicados na busca da sua realização existencial. O tratamento desigual consiste no fato de o indivíduo heterossexual ter condições de formar uma família ou constituir uma união estável, sob a proteção do Estado; porém, ao homossexual, esse direito é negado sem qualquer justificativa aceitável (STF, ADPF 178, 2009, p. 10).

Depreende-se, dessa forma, uma espécie de violação ao princípio da igualdade, pois todos são iguais perante a lei, todos têm o direito de se relacionar e constituir uma união ou até mesmo uma família com a pessoa que se identificarem, seja do mesmo sexo ou não. E é devido a isso que:

[...] não há qualquer diferença entre negar ao gay ou à lésbica a possibilidade de constituir família com pessoa do mesmo sexo, e vedar que o homem ou mulher heterossexual façam o mesmo, mas com indivíduos do sexo oposto. Em ambos os casos, trata-se de impedir a constituição legal do único tipo de entidade familiar que faria sentido para cada uma destas pessoas, em razão da sua própria identidade (STF, ADPF 178, 2009, p. 11).

A Constituição brasileira traz consigo a ideia de uma sociedade justa, fraterna e sem preconceitos, porém, não é o que vinha ocorrendo na realidade devido à interpretação constitucional e da própria legislação brasileira que, deixando margens à variada possibilidade de aplicação, poderia fundamentar apenas a proteção das relações heterossexuais, o que implicaria a transgressão do princípio da igualdade.

Mais um princípio constitucional infringido pelo rechaço aos direitos dos homossexuais é o da não discriminação, presente no art. 3º, inc. IV, da Constituição Federal, o qual preceitua como objetivo da República “promover o bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Este princípio é assegurado também pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, do qual o Brasil é signatário. Este tratado internacional consagra o direito à igualdade nos seus arts. 2º, §1º, e 26, ao proibir as discriminações. E mais importante: a vedação, por este tratado, das discriminações motivadas por orientação sexual representa mais uma razão para que a Constituição Federal de 1988 também proíba as mesmas práticas (STF, ADPF 178, 2009, p. 12-13).

Rios (*apud* Rodrigues, 2008, p. 65) relata que:

Quando a Constituição fala da proibição de discriminação por motivo de sexo, na verdade está fazendo uma declaração de proibição de discriminação de proibição de discriminação por orientação sexual explícita. Em que sentido? A discriminação por motivo de orientação sexual pode ser entendida logicamente como uma espécie de discriminação por motivo de sexo. Por quê? Caso João se relacione com Maria, será tratado de uma forma diferente. Nesse exemplo, fica evidente que o sexo da pessoa com quem João se relaciona é que determina o tratamento por ele recebido. Nesse sentido, é evidente que a discriminação por orientação sexual é uma espécie de discriminação por motivo de sexo.

Logo, percebe-se que a discriminação por orientação sexual fere não só um dos princípios constitucionais como também um direito garantido internacionalmente, sendo odiosa e prejudicial à construção da pessoa em sua máxima expressão: a dignidade humana.

O princípio da liberdade é ofendido pelo não reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Um dos mais importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito é o reconhecimento e proteção da liberdade individual. A premissa filosófica de que se parte é a de que a cada pessoa humana deve ser garantida a possibilidade de se autodeterminar, realizando as suas escolhas existenciais básicas e perseguindo projetos de vida, desde que isso não implique em violação de direitos de terceiros (STF, ADPF 178, 2009, p. 23).

Cada um tem o direito de liberdade de escolha, de se autodeterminar da maneira que melhor lhe aprouver; se uma pessoa constrói um projeto de vida com outra pessoa do mesmo sexo, está exercendo um direito seu, devendo o Estado e a sociedade respeitar a sua autonomia privada. O não reconhecimento da união estável implica a impossibilidade do homossexual em viver com dignidade, demonstrando sua orientação sexual e exercendo a sua liberdade e desenvolvendo a sua personalidade, ficando evidente a grave ofensa ao princípio constitucional de proteção da liberdade.

Nesta mesma esteira, há também violação ao princípio da proteção à segurança jurídica fundamentada no *caput* dos arts. 5º e 6º da Constituição Federal. A relação entre o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo e a segurança jurídica baseia-se na relação que envolve, além do Executivo e Legislativo, a função judiciária em que:

[...] uma vez que a incerteza sobre o entendimento jurisprudencial a propósito de determinadas questões pode ser um elemento provocador de grave intranquilidade e insegurança na sociedade, que devem ser evitadas. E tal situação ocorre com a união entre pessoas do mesmo sexo, em vista da indefinição do seu enquadramento jurídico, alimentada inclusive por decisões judiciais conflitantes (STF, ADPF 178, p. 26-27).

Essa insegurança jurídica, devido à inexistência de uma prévia definição sobre o regime jurídico dessas entidades, gera uma imprevisão não somente para os próprios homossexuais como para terceiros de boa-fé que:

[...] celebram negócios jurídicos com quaisquer dos membros da união também são atingidos por esta insegurança jurídica, na medida em que podem surgir, por exemplo, dúvidas sérias sobre a extensão da responsabilidade de cada companheiro por dívidas contraídas por um deles ou pelo casal, ou ainda incerteza sobre a validade de determinados atos jurídicos praticados por um companheiro sem o consentimento do outro, como fianças e alienação de bens do patrimônio comum (STF, ADPF 178, 2009, p. 27).

Os exemplos acima mencionados demonstram o quanto é urgente a definição do regime jurídico, com respeito à diferença, para que haja a segurança jurídica tanto dos partícipes das uniões de pessoas do mesmo sexo quanto para terceiros.

Pode-se perceber, portanto, que todos estes princípios constitucionais ora explicitados servem como verdadeiro *fundamento* para a legitimidade e legalidade da união entre pessoas do mesmo sexo e o não reconhecimento destas uniões como *entidade familiar* implicaria uma violação direta à Constituição Federal. Logo, se o reconhecimento da união tem base nos princípios constitucionais, quais seriam as razões existentes para justificar a impossibilidade de constituição de entidades familiares por pessoas do mesmo sexo?

Entre as razões, destacam-se:

[...] além do argumento atinente ao art. 226, parágrafo 3º, do texto Magno [...] estas uniões seriam “pecaminosas”, contrariando a lei divina eu direito natural; elas atentariam contra a “natureza das coisas”; elas não mereceriam proteção legal porque não dão ensejo à procriação; elas estimulariam comportamentos sexuais desviantes, enfraquecendo a família e o casamento; e elas não estariam em consonância com os valores predominantes na sociedade (STF, ADPF 178, 2009, p. 14).

O argumento do pecado é incompatível com os princípios da liberdade religiosa e da laicidade do Estado (art. 5º, VI e 19, I, da Constituição Federal). Ele foge do aspecto jurídico, não sendo aceitáveis a discriminação e marginalização apenas com raízes nessa referência, em que pese o respeito e deferência que tem a sociedade brasileira para com a religião.

O argumento da natureza das coisas não convence porque, do ponto de vista biológico, a homossexualidade é tão natural como a heterossexualidade, manifestando-se também entre outros seres vivos. Além do mais, são encontrados registro antigos de sua

existência (como inclusive já foi demonstrado no começo deste texto) (STF, ADPF 178, 2009, p. 16).

Já o argumento em relação à procriação não persuade porque o incentivo à procriação não é objetivo da tutela legal dispensada à união estável, tanto que nem mesmo se discute o direito à constituição de família por casais heterossexuais inférteis, ou que não querem ter filhos. Além disso, a própria Constituição Federal reconhece a entidade familiar denominada monoparental, em que, embora haja a constituição de filhos, não haverá “desenvolvimento” de nova prole.

A alusão à contrariedade da moralidade dominante na sociedade não se satisfaz porque a visão sobre o tema homossexualidade vem se liberalizando progressivamente nos últimos tempos. Além disso, o Direito deve possuir também uma dimensão transformadora em direção à construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária (STF, ADPF 178, 2009, p. 15-19).

O argumento de que a união homoafetiva estimularia práticas sexuais desviantes ou que colocaria em risco o casamento e a família tradicional não justifica o não reconhecimento desta união. Primeiramente porque este argumento parece ser incompatível com o princípio da isonomia e parte de preconceção intolerante e preconceituosa, que não encontra nenhum respaldo na Constituição Federal, seja em seus objetivos, seja em seus princípios basilares.

Em segundo lugar, com relação à família, há de se considerar que o seu modelo tradicional (patriarcal e com uma hierarquia fortemente respeitada) hoje atravessa uma crise. Não há dúvidas de que a ordem constitucional tutela a família, mas isso não significa que ela a tenha posto numa redoma jurídica, para “protegê-la” contra as tendências liberais e igualitárias que ganham cada vez mais força e corpo na sociedade contemporânea, dentre as quais se insere o movimento de afirmação dos direitos dos homossexuais e das mulheres. Pelo contrário, a Constituição instituiu um novo paradigma para a família, assentado no afeto e na igualdade (STF, ADPF 178, 2009, p. 16-18).

Segundo o art. 226, §3º, da Constituição, “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. ” Isso impediria o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, e só poderia haver o este reconhecimento no caso de uma emenda constitucional alterando o texto em vigor. Porém, esse raciocínio não convence, pois:

No sistema constitucional, existem princípios fundamentais que desempenham um valor mais destacado no sistema, compondo a sua estrutura básica. Estes princípios [...] possuem uma importância maior na ordem constitucional, na medida em que têm um raio de incidência mais amplo, e atuam como vetores interpretativos na aplicação de todas as demais normas [...]. Estes vetores apontam firmemente no sentido de que a exegese das normas setoriais da Constituição – como o parágrafo 3º do art. 226 – deve buscar a inclusão e não a exclusão dos estigmatizados; a emancipação dos grupos vulneráveis e não a perenização do preconceito e da desigualdade (STF, ADPF 178, 2009, p 28-29).

Os princípios constitucionais são utilizados como forma de interpretação da própria Constituição e, conseqüentemente, do seu artigo 226, de modo que esta interpretação deve ser de inclusão e aceitação da união entre pessoas do mesmo sexo, não de vedação.

É verdade que toda a argumentação principiológica ruidaria por terra se houvesse vedação textual à união entre pessoas do mesmo sexo. Porém, não é isso o que ocorre. Da leitura do enunciado normativo reproduzido, verifica-se que ele assegurou expressamente o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, mas nada disse sobre a união civil dos homossexuais (STF, ADPF 178, 2009, p. 29).

Portanto, o fato de a Constituição não ter um texto explícito, reconhecendo a união entre pessoas do mesmo sexo, não quer dizer que esse reconhecimento não seja assegurado por ela. Essa união reconhecida implicitamente é equiparada, por interpretação analógica, à união entre homem e mulher, à estrutura da família hodierna e a aos anseios de uma sociedade justa e plural.

A interpretação analógica justifica-se aqui porque as razões para a atribuição do caráter familiar à união estável não se prendem à diversidade do sexo dos companheiros – elemento meramente acidental – mas ao afeto que os une, à estabilidade dos laços e ao desígnio comum de constituição da família. Estes fatores são indiferentes em relação à identidade ou diversidade do sexo dos parceiros, podendo apresentar-se tanto nas uniões heterossexuais como nas homossexuais (STF, ADPF 178, 2009, p. 31).

Logo, não se deve interpretar o art. 226, §3º, da Constituição Federal como uma cláusula de exclusão social que faz com haja discriminação e sim como uma forma de inclusão social dos homossexuais.

Assentada esta coordenada, cumpre destacar que a ausência de legislação infraconstitucional que expressamente tutele a união entre pessoas do mesmo sexo não representa obstáculo para o imediato reconhecimento judicial destas entidades familiares. Deveras, se premissa de que parte é a de que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não-discriminação, da liberdade e da proteção à segurança jurídica impõem o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, cabe então invocar não só o postulado hermenêutico da afetividade ou força normativa da Constituição, como também a cláusula mais específica de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, parágrafo 1º, CF), para

afirmar a desnecessidade de mediação legislativa no caso (STF, ADPF 178, 2009, p. 32).

Os princípios constitucionais são suficientes para afirmar que a nossa Constituição de 1988 reconhece a união estável de casais homossexuais ainda que não haja legislação infraconstitucional que expressamente tutele essa união, como bem destacou o Supremo Tribunal Federal, num passo importante e histórico para o Direito de Família brasileiro. Ressalte-se: tamanho é o preconceito e a discriminação com o tema que o Conselho Nacional de Justiça teve que editar a Resolução nº 175/2013, para garantir o cumprimento do direito à união estável e ao casamento homoafetivo, o qual, ainda que corroborado pelo STF, continuou sendo negado em diversos estados brasileiros.

3 DIREITOS LGBT RECONHECIDOS NO BRASIL, HISTORICIDADE DA UNIÃO HOMOAFETIVA E DIREITO COMPARADO

Em continuidade ao assunto tratado no capítulo anterior, analisam-se os direitos garantidos aos heterossexuais que foram, de uma forma ou de outra, estendidos aos homossexuais no Brasil, seja por intermédio de atos administrativos ou entendimentos jurisprudenciais.

Faz-se também um estudo histórico do instituto da união estável, desde sua criação, previsão legal e reconhecimento jurídico até seu papel central para a legalização do casamento homoafetivo no Brasil.

Por fim, a abordagem brasileira é confrontada com a de outros países e legislações, de modo a aprofundar o tema e trazer concepções diversas para o seu pleno entendimento.

3.1 Direitos adquiridos

No Brasil, inúmeros direitos já são assegurados aos casais formados por pessoas do mesmo sexo, os quais são expostos agora de forma resumida juntamente a outros fatos históricos importantes para a conquista dos direitos LGBT no Brasil. Como bem observa Dias (2011a), na ausência de lei específica (devido à inércia do Legislativo), a maioria desses direitos são assegurados pela via administrativa e também pela via jurisdicional

Em 1992, foi criada a Lei nº 8.441, a qual ampliou o acesso ao seguro DPVAT (Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre) para os companheiros nas uniões homoafetivas (ainda não consideradas entidades familiares à época). Como pondera Dias (2011a, p. 213), “[...] o companheiro é reconhecido como beneficiário do seguro na mesma condição de dependente preferencial.”

De acordo com Sérgio Alexandre Camargo (2011), em 2000, o Estado do Rio Grande do Sul inovou na área dos direitos homoafetivos ao ingressar com uma ação civil pública para obrigar o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a estender os benefícios previdenciários aos companheiros e companheiras que convivessem em uma relação homoafetiva.

No meio dos anos 2000, chegaram ao Brasil as igrejas inclusivas, igrejas cristãs que aceitam fiéis e pastores independentemente de suas sexualidades. Nascidas nos Estados Unidos, nos anos 1960, as igrejas inclusivas tiveram grande importância na garantia do direito

à religiosidade da comunidade LGBTs. A partir delas, a relação entre sexualidade e religião – principalmente o cristianismo – tem sido repensada e disputada, visto que essas igrejas trouxeram novas interpretações para os dogmas cristãos.¹

Em agosto de 2008, com o advento da Portaria nº 457 do Ministério da Saúde, o Governo Federal, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), passou a oferecer atenção às pessoas trans durante o processo transexualizador, incluindo a cirurgia de redesignação de gênero. (Cabe ressaltar que tal cirurgia era proibida no Brasil até 1997.) A iniciativa foi ampliada em novembro de 2013, por meio da Portaria nº 2.803, a qual aumentou o número de procedimentos ambulatoriais e hospitalares e incluiu procedimentos para redesignação do gênero feminino para o masculino.²

Sobre a cirurgia de redesignação de gênero e o processo transexualizador como um todo, cabe ressaltar que, mesmo que o Governo Federal disponibilize sua realização pelo SUS, o acesso ainda é muito difícil. As filas podem chegar a mais de dez anos e a cirurgia só é permitida a partir dos 21 – pela via pública, só se chegaria ao final do processo aos 31 anos de idade. Além disso, em muitas cidades, não há estrutura adequada para o atendimento das pessoas transexuais. A saúde, física e mental, das pessoas transexuais é vista como luxo, e quem mais sofre, como sempre, são as classes mais baixas.³ Nesse sentido, William Paiva Marques Júnior (2017, p. 20) assevera que:

Pode-se entender que a cirurgia de redesignação de sexo na medida em que viabiliza a busca de bem-estar físico, mental e espiritual é corolário do direito da personalidade de disposição do próprio corpo e merece a proteção jurídica (mesmo que atualmente no Brasil existam apenas algumas orientações jurisprudenciais a respeito, verificando-se uma total lacuna legislativa neste desiderato).

A partir de 2010, o Banco do Brasil passou a conceder financiamentos imobiliários para casais homoafetivos, desde que a união pudesse ser minimamente comprovada.⁴

1 A TRAJETÓRIA contra o preconceito. Terra. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/noticias/brasil/direitos-homossexuais/>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

2 CIRURGIAS de mudança de sexo são realizadas pelo SUS desde 2008. Portal Brasil. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/cirurgias-de-mudanca-de-sexo-sao-realizadas-pelo-sus-desde-2008>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

3 FILA para cirurgia de redesignação sexual pode passar de dez anos. Carta Capital. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/diversidade/Fila-para-cirurgia-de-redesignacao-sexual-pode-passar-de-dez-anos/>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

4 CRÉDITO imobiliário para casais gays ganha mais mercado. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/imoveis/credito-imobiliario-para-casais-gays-ganha-mais-mercado->>

Com efeito, Camargo (2011) pondera que, também em 2010, os companheiros homoafetivos conquistaram o direito de serem incluídos como dependentes nos planos de saúde privados graças à Súmula Normativa nº 12 da Agência Nacional de Saúde.

Em abril de 2010, no julgamento do Recurso Especial 889.852 – RS (2006/0209137-4) proposto pelo Ministério Público contra decisão da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que já havia concedido a guarda, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) decidiu manter a adoção de duas crianças por um casal de lésbicas. No mesmo ano, com o precedente aberto, outro casal homoafetivo conseguiu a guarda de uma criança, no município de Tangará da Serra (MT).⁵ Em ambos os casos, um dos pais já era responsável legal da criança e os pedidos requeriam apenas a extensão do direito.

Em maio de 2010, servidores públicos federais travestis ou transexuais conseguiram o direito de usar o nome social (como preferem ser chamados) em cadastros dos órgãos em que trabalham, crachás de identificação, no endereço de *e-mail* do servidor e na lista de ramais do órgão.⁶ Uma conquista semelhante aconteceu no Estado do Ceará, onde estudantes travestis e transexuais passaram a poder usar o nome social nos documentos internos das escolas.⁷

O nome social e a cirurgia de redesignação de gênero são conquistas não só da população trans como da comunidade LGBT como um todo, onde se inserem as lésbicas, os *gays* e os bissexuais. Ou seja, tais conquistas, ainda que não afetem diretamente a sucessão no direito homoafetivo, foram muito importantes no reconhecimento de direitos dos casais de mesmo sexo ao fortalecerem a luta única por cidadania da comunidade LGBT.

Em julho de 2010, o Parecer nº 1503/2010 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional reconheceu aos homossexuais o direito de incluir o companheiro ou a companheira como dependente na declaração do imposto de renda. A decisão foi provocada pela consulta de uma servidora pública, que solicitou a inclusão da companheira como dependente. O

2957625>. Acesso em: 27 nov. 2018.

5 TRIBUNAL autoriza adoção de criança por homossexuais. IBDFAM. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/3526/Tribunal+autoriza+ado%C3%A7%C3%A3o+de+crian%C3%A7a+por+homossexuais>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

6 SERVIDORES públicos travestis poderão usar nome social em crachás. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/politica/servidores-publicos-travestis-poderao-usar-nome-social-em-crachas-3006638>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

7 CE: alunos transexuais e travestis podem trocar de nome na escola. Terra. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/educacao/ce-alunos-transexuais-e-travestis-podem-trocar-de-nome-na-escola,492a42ba7d2da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

parecer se baseou no princípio da igualdade perante a lei e lembrou que o mesmo benefício é concedido a casais heterossexuais.

Em dezembro de 2010, a Portaria nº 513 do Ministério da Previdência Social garantiu, de forma definitiva, o direito do companheiro sobrevivente nas uniões estáveis homoafetivas (ainda que estas não fossem legalmente reconhecidas ainda) de receber pensão por morte. O texto foi elaborado com base em conceitos do Código Civil Brasileiro e da Constituição que garantem o bem-estar do cidadão sem nenhum tipo de discriminação. Cabe ressaltar que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) pagava desde 2000 pensões às pessoas que demonstrassem ter tido uma união estável homoafetiva, mas apenas para cumprir uma sentença judicial e não por determinação do Executivo.

Em maio de 2011, um direito que engloba grande parte dos anteriores foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF): o registro das uniões estáveis de casais homoafetivos. A votação da ADI 4277 e da ADPF 132 foi unânime e estendeu aos casais formados por pessoas do mesmo sexo os mesmos direitos dos casais heteroafetivos em relação às uniões estáveis. Na maioria dos votos, imperaram argumentos relacionados aos direitos universais à liberdade, à dignidade humana e ao princípio da proibição aos atos discriminatórios.

O Plenário, no entanto, não delimitou o alcance e limites da decisão. Com isso, questões como autorização a casamentos civis entre homossexuais ou o direito de registro de ambos os parceiros no documento de adoção de uma criança ainda poderiam ser contestados na Justiça. A partir do reconhecimento das uniões estáveis, entretanto, os magistrados consolidaram o acesso dos companheiros homoafetivos a heranças e pensões (alimentícias ou por morte), além do aval de tornarem-se dependentes em planos de saúde e de previdência.

Em junho de 2012, nove meses após se tornar o primeiro militar a se casar com uma pessoa do mesmo sexo na história da Marinha do Brasil, o cabo João Silva conseguiu, finalmente, incluir o nome de seu cônjuge em sua identidade militar. Com a conquista, seu cônjuge passou a ter todos os direitos e benefícios de um militar, como já era garantido aos cônjuges nos casais heteroafetivos. Após esbarrar na resistência da Marinha em reconhecer os direitos de seu marido, João conseguiu a intervenção do Governo Federal no caso, via Ministério da Defesa.⁸

Observa-se que os LGBTs brasileiros têm conquistado muitos direitos desde 1992, quando surgiu a Lei nº 8.441 garantindo o direito dos companheiros homoafetivos ao seguro

8 MARINHA concede 1ª identidade militar a casal gay no Rio. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/cidades/marinha-concede-1-identidade-militar-a-casal-gay-no-rio,c3fddc840f0da310VgnCLD20000bbccceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

DPVAT. Embora as decisões judiciais e os atos administrativos tenham aumentado de forma gradual com o passar dos anos, ainda não é o suficiente. É necessário assegurar definitiva e amplamente os mesmos direitos garantidos aos heterossexuais e aos cisgêneros por meio de leis que defendam explicitamente a comunidade LGBT, em vez de depender eternamente do nível de conscientização da gestão que está no poder ou do juiz designado ao caso concreto.

3.2 Concubinato, sociedade de fato e união estável

Devido à colonização de origem portuguesa, a Igreja Católica sempre teve uma influência marcante na sociedade brasileira. Isso é perceptível na primeira Constituição Brasileira, de 1824, que estabeleceu o catolicismo apostólico romano como a religião oficial do Império Brasileiro.

Depois da Declaração da Independência, continuou a ser aplicada, em um primeiro momento, por força da Lei Imperial de 20 de outubro de 1823, a legislação portuguesa (Ordenações Filipinas), que, com base no direito canônico, somente aceitava como legítimo o casamento celebrado com todas as formalidades religiosas. Já se notava, entretanto, uma tendência aos arranjos familiares modernos, em que a oficialização das uniões nas camadas mais pobres era muito mais raro do que na elite, como observa Mary del Priore (2011, p. 45):

[...] até o período em que se deu a Independência, vivia-se na América portuguesa num cenário com algumas características invariáveis: a família patriarcal era o padrão dominante entre as elites agrárias, enquanto, nas camadas populares rurais e urbanas, os concubinatos, uniões informais e não legalizadas e os filhos ilegítimos eram a marca registrada.

O Brasil colonial, ainda que fervorosamente católico, era um centro de contradições para os visitantes europeus, que viam os frequentes concubinatos e filhos ilegítimos como vícios de moralidade e sobre eles formulavam diversas explicações. Obviamente, a mulher estava sempre no papel principal dessas teorias, ora como vítima do clima tropical, que a tornava madura e sedutora mais cedo aos homens, ora como vítima de matrimônios demasiadamente precoces, que logo as tornavam desagradável ao marido, obrigando-o a buscar concubinas. Sobre os concubinatos, Priore (2011, p. 46) conta que:

“Nascer do outro lado dos lençóis” era o eufemismo empregado para designar bastardia. E não foram poucas as famílias assim constituídas. João Simões Lopes, o visconde da Graça, estancieiro, comerciante e chefe do partido conservador em Rio

Grande, tinha uma vida nada convencional na segunda metade do século XIX. Casado, mantinha na mesma rua em que morava, três casas abaixo, sua amante. Quando sua esposa deu à luz um filho, quase na mesma semana nascia-lhe outra da “teúda e manteúda” Vicência Ferreira Lira. Teve, com cada uma delas, dez filhos, sendo pai de doze de um primeiro casamento do qual ficou viúvo. O arranjo não causava discórdia. Nas missas de domingo, a legítima esposa ficava de um lado da igreja e a concubina, do outro. Todos muito devotos!

Somente com a Proclamação da República, por intermédio do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, o casamento foi regulamentado como um ato puramente civil, sendo o aspecto religioso facultativo. Assim, a partir da vigência desse decreto, passaram a ser considerados válidos os casamentos celebrados de acordo com a referida regulamentação, situação que foi confirmada pela Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891. A primeira Constituição do Brasil República estabeleceu, em seu artigo 72, §4º, que “a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”

O Código Civil de 1916 continuou a determinar que o casamento civil era a única forma de constituição da família legítima. A referida codificação não regulamentou o concubinato nem na sua forma pura (entre pessoas sem impedimento matrimonial) nem na impura, mas não o proibiu. As referências ao concubinato no texto codificado destinavam-se, notadamente, a defender o instituto do casamento, como no caso de seu artigo 248, inciso IV, que possibilitava à mulher casada reivindicar os bens comuns doados ou transferidos à concubina, e do artigo 1.777, que estabelecia que a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice poderia ser anulada pelo outro cônjuge ou pelos herdeiros necessários até dois anos após a dissolução da sociedade conjugal.

Apesar da leitura do Código Civil de 1916 deixar explícita a preferência do legislador pela família considerada legítima, constituída pelo casamento, em detrimento da família de fato, constituída pela união estável, a legislação esparsa e as decisões judiciais gradualmente passaram a reconhecer direitos aos chamados concubinos, sobretudo nos casos de concubinato puro. Segundo Álvaro Villaça Azevedo (2011, p. 174), “nesse estado de coisas, foi importante o surgimento de uma legislação extravagante, em defesa do concubinato, e de uma jurisprudência, em evolução constante, nesse mesmo sentido, de caráter jurídico, mas de cunho eminentemente judicial.”

Por exemplo, o Decreto-lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944, que regulou o acidente de trabalho, estabeleceu, no parágrafo único de seu artigo 21:

Art. 21. Quando do acidente resultar a morte, a indenização devida aos beneficiários da vítima corresponderá a uma soma calculada entre o máximo de quatro (4) anos e

o mínimo de dois (2) anos da diária do acidentado, e será devida aos beneficiários, de acordo com as seguintes bases:

[...]

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, não haverá distinção entre os filhos de qualquer condição, bem como terá os mesmos benefícios do cônjuge legítimo, caso este não exista ou não tenha direito ao benefício, a companheira mantida pela vítima, uma vez que haja sido declarada como beneficiária em vida do acidentado, na carteira profissional, no registro de empregados, ou por qualquer outro ato solene de manifestação de vontade.

A Lei nº 4.297, de 23 de dezembro de 1963, estabeleceu a possibilidade de, havendo o falecimento de servidor civil, militar ou autárquico, conceder pensão à companheira, desde que com o segurado tivesse convivido maritalmente por prazo não inferior a cinco anos e até a data de seu óbito.

Nesta mesma linha, a Lei nº 4.242, de 17 de julho de 1963, admitiu, em seu artigo 44, a possibilidade do servidor civil, militar ou autárquico desquitado, que não responda pelo sustento da sua esposa, abater em seu imposto de renda os gastos com pessoa que viva sob sua exclusiva dependência econômica, no mínimo há cinco anos.

A Súmula nº 35 do Supremo Tribunal Federal, de 13 de dezembro de 1963, estabeleceu que “em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.”

Outro marco legal importante foi a edição, em 26 de dezembro de 1977, da Lei nº 6.515, que inseriu a possibilidade do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, acabando com o caráter de indissolubilidade do casamento e abrindo espaço para um maior reconhecimento da chamada família de fato. A proibição do divórcio até então, como um resquício do Direito Canônico infiltrado no direito secular, inspirava soluções criativas para burlá-la, como bem observa Keith S. Rosenn (1998, p. 23) ao analisar a influência do jeito na cultura jurídica brasileira:

Até 1977, o Brasil não permitia o divórcio sob qualquer circunstância. E mesmo então, a promulgação de uma lei, que permitiu divórcio somente para casais separados judicialmente há três anos, ou em caso de separação de fato há cinco anos, exigiu uma emenda constitucional. Os brasileiros lidaram com a absoluta proibição do Direito Canônico conta o divórcio, tratando o desquite como divórcio e, por vezes, ajeitando subseqüentes casamentos fora do Brasil ou em embaixadas estrangeiras. Apesar de ilegais, esses casamentos recebiam considerável aceitação social, especialmente em áreas urbanas.

Gradualmente, as decisões judiciais também passaram a reconhecer direitos às concubinas pela contribuição das mesmas ao patrimônio do casal, ou seja, aquele adquirido pelo esforço comum dos dois, culminando com a edição, em 3 de abril de 1964, da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, a qual determina que “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

Na esteira dessa súmula, algumas decisões judiciais firmaram o entendimento de que o concubinato, por si só, não daria origem à sociedade de fato mencionada na já citada Súmula nº 380 do STF, sendo necessária a prova da efetiva colaboração dos concubinos para a formação do patrimônio comum.

Como reação a esse posicionamento dos tribunais, parte da doutrina e até da jurisprudência passou a defender o entendimento de que a sociedade de fato entre os concubinos apresentava caráter diferenciado da sociedade de fato comum, prevista no artigo 1.363 do Código Civil e estabelecida com base no direito obrigacional, na medida em que a primeira tinha como escopo principal a constituição da família de fato. Ou seja, a simples permanência da concubina no lar, nas lides domésticas e no cuidado com os filhos do casal, já seria suficiente para o reconhecimento do esforço comum (contribuição indireta), com a consequente partilha igualitária dos bens adquiridos na constância da união.

Mais um marco jurisprudencial importante a ser posto em evidência é a edição da Súmula nº 382 pelo Supremo Tribunal Federal, estabelecendo que “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato.” Desta forma, foi consolidado o entendimento de que o simples fato dos concubinos residirem em domicílios diferentes não impedia o reconhecimento da união, desde que presentes outros requisitos caracterizadores do mencionado instituto, como a afetividade e a intenção de constituir família.

Se, por um lado, o direito à partilha do patrimônio comum dos companheiros foi lentamente sendo admitido pela doutrina e pela jurisprudência, com base na chamada sociedade de fato, nos termos da Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal, o direito a alimentos entre os companheiros, por outro lado, encontrou mais resistência e foi cercado de controvérsias.

Os julgados nesse assunto inclinavam-se no sentido da negativa do referido direito justamente em função da figura da sociedade de fato localizar-se no campo do direito das obrigações, e não do Direito de Família. Tal situação somente foi sanada com o advento da

Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, que expressamente reconheceu a união estável como entidade família, como aponta Rosenn (1998, p. 23):

A legislação brasileira, por sua vez, expandiu continuamente os direitos legais das “segundas esposas”, permitindo à segunda mulher receber pensões governamentais e benefícios provindos da morte do marido, em detrimento dos direitos da esposa legal, e concedendo aos filhos da segunda união o “status” de plena legitimidade. Finalmente a Constituição de 1988 reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar para efeito da proteção do Estado.

Basílio de Oliveira (1995, p. 24) sumariza a situação da seguinte forma:

Antes da CF/88, exauria-se o direito da companheira no simples direito à meação dos bens da sociedade de fato (Súmula 380). A seu turno, a jurisprudência vinha decidindo sistematicamente pela inexistência de obrigação legal de alimentos em favor da companheira: simples concubinato não confere à mulher o direito de pleitear alimentos do amásio; a obrigação alimentar é condicionada por lei às relações de parentesco ou à existência de vínculo conjugal.

A matriz histórica da união estável está intimamente ligada à importância de assegurar os direitos das pessoas que viviam em um concubinato (notadamente aquele do tipo *puro*, embora já exista, na contemporaneidade, a possibilidade de *separados de fato* com características similares aos divorciados, cujas uniões gerariam um discutível concubinato impuro). Em resumo, antes da criação do instituto da união estável, não existindo nenhuma proibição à celebração do matrimônio, os direitos dos conviventes só eram assegurados se fossem formalmente casados. O Direito brasileiro, como fez por muito tempo com os relacionamentos homoafetivos, não considerava aquela parceria como uma entidade familiar, excluindo-a da seara do Direito de Família.

De fato, como já abordado, alguns juízes e doutrinadores tentaram remediar a situação se utilizando do instituto da *sociedade de fato*, originalmente aplicado no Direito Obrigacional. Ou seja, para viabilizar a pretensão aos direitos patrimoniais, a relação dos conviventes não casados era considerada uma parceria lucrativa entre sócios.

Essa verdadeira analogia da união estável embrionária com uma sociedade de fato, entretanto, gerava grandes problemas ao final da relação porque era comum que, na constância da união, o patrimônio do casal aumentasse com auxílio mútuo, mas isso não fosse levado em conta na divisão dos bens. O parceiro que permanecia em casa, notadamente a mulher, não era capaz de comprovar sua participação no patrimônio e acabava em desvantagem.

De início, a solução encontrada pela jurisprudência foi uma nova analogia, desta vez oriunda do Direito do Trabalho: seria instituído o pagamento à mulher de uma

indenização por serviços prestados. A indenização, contudo, raramente tinha o mesmo valor da meação, além de não se constituir numa alternativa justa se considerados a importância da jornada doméstica e do apoio emocional prestado pelo companheiro que não trabalha fora e os entendimentos e alternativas que já eram aplicados no direito de família. Além disso, a subsistência do companheiro que tinha responsabilidades mais domésticas (destaca-se, mais uma vez, que a maioria era formada por mulheres) ficava claramente comprometida.

O marco histórico fundamental do processo de evolução deste aspecto do ordenamento jurídico foi o advento da Constituição Federal de 1988, a qual reconheceu explicitamente a *união estável* como entidade familiar, com garantia de proteção estatal, determinando, deste modo, o pluralismo no Direito de Família. Ou seja, a entidade familiar não dependia mais do casamento formal, mas tão somente do *animus familiae* das partes, ou seja, da pretensão de constituir uma família.

Em síntese, no âmbito contextual, salienta-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, a união estável é considerada uma entidade familiar na nova concepção de família moderna. Formata-se, assim, um dos tipos de família reconhecida constitucionalmente no art. 226, §3º, da CF/88, o qual dispõe: “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”. A união estável também é regulamentada pelos arts. 1.723 a 1.727 do Código Civil (CC/2002) e pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96.

Percebe-se, contudo, que a união estável não abrange os mesmos direitos reconhecidos ao casamento ou, pelo menos, não possui o mesmo prestígio no ordenamento jurídico. É o que se entende pelo próprio teor do parágrafo terceiro do art. 226 da CF/88, o qual preceitua que a união estável poderá ser convertida em casamento e que a lei deverá facilitar esse processo. Interpreta-se que a Constituição caracterizou a união estável como um meio para o casamento, mas não como um fim em si mesma. Essa diferença também está nítida no art. 1.723 do CC/2002, o qual determina que devem ser observados, para a união estável, os impedimentos ao casamento que estão contidos no art. 1.521 do CC/2002, mas não as causas suspensivas (aquelas que não invalidam, mas tão somente tornam irregular o casamento).

Sobre os deveres que ambos os companheiros têm na constância da união estável, quais sejam a lealdade, o respeito e a assistência entre os dois, cabe ao art. 1.724 do CC/2002 dispor. Esse artigo se apresenta como um grande aliado no buscar da igualdade patrimonial entre os companheiros na hipótese de separação do casal ou extinção do vínculo por outros motivos.

No que se refere ao patrimônio, o art. 1.525 do CC/2002 é claro ao mencionar que nessas relações se aplica o regime da comunhão parcial de bens, regime legalmente adotado pelo Brasil na atualidade em todas as uniões que não se manifestarem a respeito do mesmo. O artigo regulamenta também que o que for amealhado durante a união será de ambos os companheiros, mas o que cada um tiver ou receber futuramente a título de herança será considerado como um patrimônio particular, não se comunicando entre eles.

Importante ressaltar que nada impede os companheiros na união estável de pactuarem diferente do regime legal proposto em lei. Para isso, deverão as partes fazer uso do contrato por escrito ou celebrarem um contrato de convivência que estipule todos os aspectos referentes ao regime de bens, de forma que a comunhão parcial não seja aplicada. Fica evidente a referida postura jurídica nas observações de Paulo Luiz Netto Lôbo (2003, p. 282) quando expõe:

O que caracteriza o regime [da comunhão parcial de bens], considerado por muitos o mais equitativo, é a separação e convivência entre dois tipos de bens: os comunicáveis, ou comuns, e os não comunicáveis, ou particulares. Resultam três massas patrimoniais distintas, cada uma com seus respectivos ativos e passivos: duas particulares e uma comum. A linha divisória é traçada na data do casamento, ou seja, de sua celebração e não do registro. Até o casamento, os bens adquiridos pelos cônjuges permanecem particulares, inclusive os adquiridos posteriormente com os valores derivados de suas alienações. Após o casamento, os bens comunicam-se. Há, também, bens particulares transversais, cuja aquisição ocorre após o casamento, principalmente os que são frutos de liberalidade dos alienantes, por doação ou testamento.

Ressalta-se que, diferentemente do regime de bens no casamento formal, o contrato de convivência pode ser modificado e revogado pelas partes a qualquer momento.

3.3 União estável homoafetiva

A Carta Constitucional de 1988 proíbe expressamente qualquer forma de discriminação e distinção entre as pessoas, estando implicitamente inclusa nas hipóteses a discriminação por orientação sexual. Entretanto, o mesmo texto acaba por fazer tal distinção entre relacionamentos heteroafetivos e homoafetivos ao expor, no seu art. 226, §3º, que são reconhecidas como entidades familiares as uniões estáveis entre homens e mulheres, quedando silente sobre o *status* das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Esse texto, como interpretado até 2011, é discriminatório, pois exclui de sua abrangência parcela significativa da população em flagrante contradição à proposta inclusiva da Constituição.

Por isso, o dispositivo contido no art. 226 deve ser colocado em prática em consonância com o restante do texto constitucional, que veda qualquer tipo de discriminação, ou seja, não pode ser aplicado de forma independente. É o amor e o afeto o denominador comum a todos os casais, não a orientação sexual e afetiva de seus pares. Além disso, se preenchidos os requisitos elencados de forma taxativa no art. 1.723 do CC/2002, quais sejam, a *convivência pública*⁹, *contínua e duradoura* com o objetivo de constituir uma família, não há o que ser discutido sobre a validade ou não desta união estável.

Outro argumento para não excluir os casais homoafetivos da área de incidência do instituto é que, desde a entrada em vigor da nova Carta Constitucional, diversas outras relações familiares foram abarcadas no conceito amplo de entidade familiar, tais como as famílias monoparentais, anaparentais, pluriparentais etc. A ampliação do conceito da entidade familiar na Constituição de 1988 tem muito a ver com a superação da *tríplice identidade*¹⁰ (casamento – sexo – procriação), a qual por muito tempo serviu como parâmetro para as famílias.

Atualmente, já é socialmente aceito que o sexo pode ser recreativo¹¹ ou procriativo¹² - não faz-se necessário o casamento para que ocorram relações sexuais, e o sexo não é tido apenas como um instrumento para a perpetuação da espécie. Mesmo que haja uma base científica robusta sobre a relação da atividade sexual com a saúde, muitas vezes o sexo tem como motivação única o prazer que duas pessoas sentem uma pela outra. Logo, não há motivo plausível para que a procriação seja fim primordial de uma união *apenas* quando se trata da união entre pessoas do mesmo sexo.

Em conclusão, Paulo Roberto Lotti Vecchiatti (2008, p. 319-320) pondera que:

[...] há identidade de situações entre as uniões homoafetivas e heteroafetivas, visto que ambas são pautadas pela vida em comum, respeito, afeto, solidariedade mútua, assistência e tantos outros, donde, superada a letra fria da norma e tendo em conta a sua substância, seu fim social (em suma, acrescento, sua interpretação teleológica), percebe-se que as uniões homoafetivas representam efetivas entidades familiares e

9 Dias (2011a, p. 134) faz uma importante observação, qual seja: “assim, a convivência pública não cabe ser considerada como requisito para a configuração da união homoafetiva, mas meio de prova para o seu reconhecimento”. Pois geralmente esses casais não se declaram publicamente para não virem a ser hostilizados, ou seja, sofrerem alguma agressão ou discriminação pela exteriorização do preconceito social.

10 Termo utilizado por Dias (2011a, p. 143-144).

11 É o sexo ligado ao prazer, onde as duas pessoas não estão preocupadas com o casamento e com a perpetuação da espécie por se ter hoje muitos contraceptivos no mercado.

12 É o sexo ao qual são associados os dogmas da Igreja, para a qual só poderia haver *conjunção carnal* entre os *cônjuges* e principalmente para se perpetuar a espécie humana, não podendo estar ligado ao prazer.

têm, portanto, que receber o mesmo tratamento jurídico dispensado às uniões heteroafetivas, razão pela qual é cabível o tratamento analógico para que isto seja possível.

Ou seja, a essência das uniões heteroafetivas são as mesmas das uniões homoafetivas. Não é mais possível nem constitucionalmente aceito usar de subterfúgios para discriminar a união entre pessoas do mesmo sexo. As uniões entre as pessoas, independentemente do sexo, não têm como fim a perpetuação da espécie ou a obediência a um modelo bíblico de família, mas sim a felicidade dos partícipes e o pleno desenvolvimento de suas personalidades. Negar a união homoafetiva é negar dignidade a essas pessoas.

3.4 Casamento homoafetivo

No que se refere ao casamento, o legislador foi claro quando criou tal instituto como a base da entidade familiar. Destaca-se que somente por meio do matrimônio é possível ter todos os direitos da família resguardados, com maior índice de segurança jurídica. A vontade do legislador pode ser perfeitamente visualizada na determinação do art. 226 da CF/88, quando é dada à lei o dever de facilitar a conversão da união estável em casamento.

É importante mencionar que um dos projetos de lei que buscavam regularizar a situação dos casais formados por pessoas do mesmo sexo, o PL nº 1.151/95 da então deputada Marta Suplicy, não previa o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, mas uma espécie de *parceria* registrada. Como bem saliente Vecchiatti (2008, p. 358):

[...] a parceria civil registrada nada mais é do que um contrato do Direito Obrigacional, ao contrário do *casamento civil*, que é um regime jurídico do Direito de Família. Só neste ponto já se percebe como o *casamento civil* tem a si atribuída uma dignidade muito maior do que aquela que se pretende conferir à *parceria civil registrada*. (grifos no original)

É chegado um dos pontos cruciais do tópico: o casamento poderia ser estendido às relações entre pessoas do mesmo sexo ou não? A resposta não poderia ser outra a não ser sim, pois a própria Constituição elenca como princípios basilares do Estado democrático de direito a *isonomia* e a *dignidade da pessoa humana*. Com base nisso, todas as normas constitucionais e infraconstitucionais devem ser interpretadas de acordo com esses princípios, devendo ser feita a ponderação em caso de colisão entre eles. Vecchiatti (2008, p. 366) comenta que: “Não se lê um dispositivo isoladamente, mas sempre de forma sistemática, sob pena de se desvirtuar o sistema jurídico.”

Sabe-se que, como o casamento é um instituto que abrange diversas questões do campo da moral, principalmente relacionadas à religião, a união matrimonial entre pessoas do mesmo sexo não é expressamente prevista na legislação brasileira¹³. Isso não impede, contudo, que o instituto seja aplicado a essas situações, com isonomia e razoabilidade, pois atualmente o Estado não é mais guiado pelos princípios religiosos, mas sim pelos princípios constitucionais.

Diante disso, posiciona-se o presente trabalho no sentido de que o direito ao casamento e ao reconhecimento desta união matrimonial como entidade familiar deva ser estendido aos homossexuais na órbita estatal, ainda que sem a realização de cerimônia religiosa (embora, como já citado, muitas igrejas inclusivas já permitam tais celebrações, devendo a facilitação da conversão de casamento religioso em casamento civil também valer para os casais de pessoas do mesmo sexo).

Salienta-se que, na esfera particular, aquilo que não é proibido é permitido, pois não existem “proibições implícitas”, como nos ensina Vecchiatti (2008, p. 369):

Dessa forma, em termos de *interpretação conforme*, os dispositivos legais e constitucionais que versam sobre a família, o casamento civil e a união estável só podem ser interpretados de uma forma que não proibam o reconhecimento do *status* jurídico-familiar das uniões homoafetivas, mesmo porque dito *status* não é proibido pelo ordenamento jurídico de forma expressa, lembrando-se que inexistem “proibições implícitas” em Direito (art 5º, II, da CF/88). (grifo no original)

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já se posicionou de maneira positiva sobre a união estável homoafetiva, sobre sua conversão em casamento civil e, de forma pioneira, sobre a celebração *direta* de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, deixando claro na Resolução nº 175/2013 que os cartórios do país não podem se recusar a prestar tais serviços ao público, devendo aceitar a habilitação, celebração e conversão em casamento dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo.

3.5 Direito comparado

Desde 1948, o direito à formação familiar é um direito humano fundamental presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual, em seu art. 16, consagra que os “homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou

13 Até algum tempo atrás, caso fosse realizado um casamento entre pessoas do mesmo sexo, o mesmo seria considerado inexistente, de acordo com Fábio de Oliveira Vargas (2011).

religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.”

Em 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabeleceu, em seu art. 17.2, que “é reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação.”

O mesmo direito à formação de uma família também foi declarado em 2006, encontrando-se presente nos Princípios de Yogyakarta, cujo princípio 24 dispõe que “toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.”¹⁴

Destaca-se que as normas protetoras do Direito Internacional em relação à família e ao casamento também possuem força jurídica no ordenamento interno brasileiro¹⁵, de tal modo que a proteção hoje existente, em relação ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, é ampla no Brasil e no mundo.

No âmbito da jurisprudência das cortes internacionais de proteção dos direitos humanos, esse direito vem sendo cada vez mais discutido. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos se posicionou no sentido de que cada um dos países europeus é livre para decidir quanto à temática do casamento igualitário, visto que tal tema *não está consagrado* na Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Sob a ótica da referida Corte:

[...] a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos não obrigou um Estado a garantir aos casais formados por pessoas do mesmo sexo acesso ao casamento. As autoridades nacionais estavam em melhor posição de avaliar e responder às necessidades da sociedade nesta área, considerando que o casamento tinha conotações sociais e culturais profundamente enraizadas, diferindo bastante de uma sociedade para outra.¹⁶ (tradução livre)

14 Os Princípios de Yogyakarta são um conjunto de princípios jurídicos internacionais sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, elaborados em 2006, na Indonésia, por uma comissão de especialistas em legislação internacional. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 25 mai. 2018.

15 O §2º do art. 5º da Constituição Federal determina que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

16 “[...] the European Convention on Human Rights did not oblige a State to grant a same-sex couple access to marriage. The national authorities were best placed to assess and respond to the needs of society in this field, given that marriage had deep-rooted social and cultural connotations differing greatly from on society to another.” (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Shalk and Kopf v. Austria**. Julgado em 24 de junho de 2010. Disponível em: http://www.menschenrechte.ac.at/uploads/media/Schalk_und_Kopf_gg_Oesterreich_Urteil_01.pdf. Acesso em: 25 mai. 2018.

Por outro lado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu recentemente uma decisão que foi considerada história pelos defensores das minorias sexuais e dos direitos LGBT, como segue:

A Convenção Americana, em virtude do direito à proteção da vida privada e familiar (artigo 11.2), assim como do direito à proteção da família (artigo 17), protege o vínculo familiar que pode derivar de uma relação de um casal do mesmo sexo nos termos estabelecidos nos parágrafos 173 a 199. [...] O Estado deve reconhecer e garantir todos os direitos que se derivam de um vínculo familiar entre pessoas do mesmo sexo em conformidade com o estabelecido nos artigos 11.2 e 17.1 da Convenção Americana e nos termos estabelecidos nos parágrafos 200 a 218.¹⁷ (tradução livre)

Em outras palavras, além de determinar que seus países-membros permitam a troca da identidade sexual nos registros civis, o texto também indica que sejam reconhecidos direitos plenos aos casais do mesmo sexo.

3.5.1 Américas

No continente americano, principalmente na América Anglo-saxônica, há outra importante decisão, no caso *Halpern v. Canadá*. Neste caso, os juizes da Corte de Ontário decidiram que o conceito tradicional, originário do *common law*, acerca do casamento como “a comunhão voluntária de vida entre um homem e uma mulher com a exclusão de todas as outras formas” não é compatível com os preceitos de uma sociedade livre e democrática que considera detentores de iguais direitos todos os casais, independente da orientação sexual, e redefiniu o casamento como “a comunhão de vida entre duas pessoas com a exclusão de todas as outras formas”¹⁸.

Nos Estados Unidos da América, os Estados de Washington, Maine, Maryland, Nova Iorque, Connecticut, Iowa, Massachusetts, New Hampshire, Vermont, District of Columbia, Delaware e Minnesota foram as primeiras unidades federativas a legalizarem o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

¹⁷ “La Convención Americana, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo em los términos establecidos em los párrafos 173 a 199. [...] El Estado debe reconocer y garantizar todos los derechos que se derivan de un vínculo familiar entre personas del mismo sexo de conformidad con lo establecido em los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, y em los términos establecidos em los párrafos 200 a 218.” (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**. Solicitada em 24 de novembro de 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 28 jun. 2018.

¹⁸ HALPERN v. Canada (Attorney general), 2003 CanLII 26403 (ON CA). Disponível em: <http://canlii.ca/t/6v7k>. Acesso em: 29 jun. 2018. Tradução livre.

Mesmo assim, durante julgamento ocorrido em 26 de junho de 2013, a Suprema Corte estadunidense teve que apontar a inconstitucionalidade do trecho de uma lei federal, conhecida como DOMA (Defense of Marriage Act ou Defesa do Ato Matrimonial, em tradução livre), que estabelecia, para fins de obtenção de vários benefícios em nível federal, só ser considerado como casamento a união entre homem e mulher. Segundo a Suprema Corte dos Estados Unidos da América:

O principal efeito da DOMA é identificar e tornar desigual uma parcela de casamentos sancionados pelos estados. Ela consegue a proeza de privar alguns casais casados sob as leis de seus estados, mas não outros, de tanto direitos quanto responsabilidades, criando dois regimes matrimoniais contraditórios dentro do mesmo estado. Ela também força casais de pessoas do mesmo sexo a viverem como casadas para os efeitos das leis estaduais, mas não-casadas para os efeitos das leis federais, diminuindo, portanto, a estabilidade e previsibilidade de relações pessoais básicos que os estados acharam conveniente reconhecer e proteger.¹⁹ (tradução livre)

Na América do Sul, o casamento entre pessoas do mesmo sexo já é reconhecido e garantido por lei na Argentina (2010) e no Uruguai (2013). No Brasil (2011) e na Colômbia (2016), assim como nos Estados Unidos (2015), a legalização veio por meio de decisões e entendimentos judiciais, visto que os parlamentos nacionais até então mostram-se insuficientes. O Canadá foi o quarto país do mundo e o primeiro das Américas a legalizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, ainda em 2005, com a aprovação do *Civil Marriage Act* (Lei do Casamento Civil).

3.5.2 Europa

Na Europa, várias nações permitem uniões entre pessoas do mesmo sexo – algumas por meio do casamento, outras por meio das “parcerias registradas”. As parcerias conferem, normalmente, os mesmos direitos do casamento. Em alguns países, entretanto, o direito de adoção ainda é mitigado.

Os Países Baixos são apontados como a primeira nação do mundo contemporâneo a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A França também aprovou o casamento

19 “DOMA’s principal effect is to identify and make unequal a subset of state-sanctioned marriages. It contrives to deprive some couples married under the laws of their State, but not others, of both rights and responsibilities, creating two contradictory marriage regimes within the same State. It also forces same-sex couples to live as married for the purpose of state law but unmarried for the purpose of federal law, thus diminishing the stability and predictability of basic personal relations the State has found it proper to acknowledge and protect. Pp. 20–26.” (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States v. Windsor**. Publicada em 26 de junho de 2013. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf. Acesso em: 16 jul. 2018.

e a adoção por casais homoafetivos em meio a vários protestos e debates acalorados no parlamento e nas ruas. Outros países que também permitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo são Portugal, Espanha, Bélgica, Noruega, Suécia, Islândia e Dinamarca.

No Reino Unido, o casamento entre pessoas do mesmo sexo é reconhecido e permitido desde 2014 apenas na Inglaterra, na Escócia e no País de Gales; na Irlanda do Norte, o governo conservador tem barrado quaisquer tentativas de pautar o assunto no parlamento e o país nem mesmo reconhece casamentos realizados nos países vizinhos. Ironicamente, em 2015, a “irmã” Irlanda se tornou o primeiro país do mundo a legalizar os casamentos entre pessoas do mesmo sexo por meio do voto popular.

3.5.3 *África, Ásia e Oceania*

Apesar da perseguição existente nesses continentes aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, o casamento homoafetivo foi legalizado na África do Sul em uma importante decisão no caso *Minister of Home Affairs v. Fourie*, na qual a Corte Constitucional da África do Sul decidiu que a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo é inconstitucional.

Neste caso, após mais de uma década de convivência comum, com uma relação pública e amplamente conhecida por diversos amigos, duas mulheres tentaram legalizar o relacionamento por meio do registro de casamento. Tiveram, contudo, que levar esse pedido aos tribunais locais, sob a alegação das partes contrárias de que a *common law* na África do Sul define o casamento como a união entre “um homem e uma mulher”, excluindo-se todas as outras formas. A decisão da Corte Constitucional sul-africana baseou-se nos princípios da dignidade humana, da igualdade, da proteção à intimidade e da não-discriminação por motivo de orientação sexual, todos contidos nas Seções 9, 10 e 14 da Constituição da África do Sul.

No caso sul-africano, também foi tratado o potencial de procriação que, segundo seus defensores, é a característica mais fundamental e inerente do casamento. Com base neste argumento, defendido pelo Cardeal da Igreja Católica, Wilfrid Napier, o casamento simbolizaria e institucionalizaria o potencial humano da procriação, sendo esta a atividade que mais aproxima, em semelhança, a criatura humana do seu criador, e, por esse motivo, nenhum tipo de união entre pessoas do mesmo sexo merece ser protegida. A Corte Constitucional sustentou, entretanto, que este pode ser um argumento inerente a uma específica e particular religião, mas do ponto de vista jurídico e constitucional não é a procriação (ou o potencial

dela) a marca decisiva que caracteriza o casamento, mas sim o afeto e o dever de mútua assistência entre os cônjuges.

A decisão final deste caso foi no sentido de declarar inconstitucional a definição de casamento dada pela *common law* da África do Sul, devendo as expressões “marido e mulher” serem lidas como “cônjuges”; dentro de doze meses após a decisão, o Parlamento da África do Sul deveria corrigir a *common law* nesse sentido, sob pena de serem invalidados todos os atos praticados em cartório até a retificação dos estatutos.

Na Ásia, o casamento entre pessoas do mesmo sexo não é realizado em absolutamente nenhum país, nem mesmo em Israel, uma das nações mais ocidentalizadas e com profundas raízes europeias, onde ele é apenas reconhecido se realizado no exterior. Alguns países do continente, como o Japão, possuem regiões onde são realizadas uniões civis e parcerias registradas.

Por enquanto, a situação de maior progresso ocorre em Taiwan. O Tribunal Constitucional do país proclamou a inconstitucionalidade do Código Civil em 2017 e declarou que, caso não haja mudanças para permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo em dois anos, serão editadas emendas para regular o fato.²⁰ Ou seja, em 2019, Taiwan será de fato o primeiro país asiático a realizar casamentos homoafetivos.

Ainda que insuficiente, a situação dos LGBTs de Taiwan, Japão e até Israel contrasta radicalmente com outros países asiáticos. Um dos casos mais emblemático é encontrado no Irã, onde o governo teocrático e as autoridades em geral não diferenciam a identidade de gênero (o autorreconhecimento do seu gênero) da orientação sexual (o gênero de atração). O governo iraniano tem obrigado que os homossexuais se submetam a cirurgias de redesignação de gênero, sem acompanhamento psicológico ou medidas que combatam a discriminação a essas pessoas. Já há diversos relatos de pessoas que conseguiram fugir do país ou que foram forçadas a realizar a cirurgia, o que pode gerar marcas profundas na saúde mental dessas pessoas.

Na Índia, uma potência regional e cultural, esteve em vigor desde 1860 a Seção nº 377 do Código Penal Indiano, a qual considerava crime qualquer tipo de relação homossexual. Em 2009, a Alta Corte de Nova Délhi (tribunal regional) despenalizou a referida seção e, conseqüentemente, a homossexualidade por considerar que essa proibição violava os direitos

20 O CASAMENTO gay já é realidade em Taiwan. El País. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/24/internacional/1495614393_031714.html>. Acesso em: 10 dez. 2018.

fundamentais previstos constitucionalmente. Após protestos das comunidades hindu, islâmica e cristã, a Suprema Corte da Índia anulou a decisão em 2013.²¹

Apesar da decisão retrógrada em 2013, a mesma Suprema Corte reconheceu, em 2014, os transgêneros como parte de um terceiro gênero, garantindo a essas pessoas tratamento igualitário. De certa forma, a concessão de direitos às pessoas transgêneras é menos polêmica na Índia do que a descriminalização da homossexualidade porque existe, na cultura e literatura indiana, representatividade transexual; é o caso dos *hijras*, membros de uma seita hinduísta que impõe a emasculação como forma de agradar a deusa Bahuchara Mata. No caso específico dos *hijras*, existem relatos similares ao caso do Irã, em que crianças e adultos são obrigados a passarem por um processo de redesignação de gênero por motivos religiosos.²²

Finalmente, em 2018, a Suprema Corte da Índia voltou a apreciar a Seção nº 377 e decidiu pela descriminalização da homossexualidade no país, numa decisão histórica e muito comemorada por diversos ativistas internacionais e indianos. O casamento homoafetivo, entretanto, ainda não é reconhecido no país.

Na Oceania, dentre os vinte países e territórios pertencentes à região geográfica, doze possuem legislações que criminalizam as relações sexuais entre pessoas do mesmo gênero. Dentre estes, dez punem apenas relacionamentos entre homens. Somente dois países da região têm legislação favorável ao casamento entre pessoas do mesmo sexo: a Nova Zelândia (desde 2013)²³ e a Austrália (desde 2017)²⁴.

O caso da Nova Zelândia é interessante e contraditório. Apesar de ter sido o primeiro país da região (antes mesmo da Austrália) a legalizar o casamento homoafetivo, a nação neozelandesa possui livre associação (responsabilidade pela defesa e pelas relações

21 JUSTIÇA indiana volta a criminalizar homossexualidade. Portal UOL. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/ansa/2013/12/11/justica-indiana-volta-a-criminalizar-homossexualidade.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

22 INDIA recognizes a third gender, but homosexuality is still a crime. The Washington Post. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2014/04/15/india-recognizes-a-third-gender-but-homosexuality-is-still-a-crime/?noredirect=on&utm_term=.fb646ea971d9>. Acesso em: 10 dez. 2018.

23 LEI do casamento gay entra em vigor na Nova Zelândia. Portal G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/08/dezenas-de-casamentos-entre-pessoas-do-mesmo-sexo-na-nova-zelandia.html>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

24 PARLAMENTO da Austrália aprova lei que legaliza o casamento gay no país. Folha de S. Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/12/1941353-parlamento-da-australia-aprova-lei-que-legaliza-o-casamento-gay-no-pais.shtml>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

exteriores) com as Ilhas Cook, país autônomo do Oceano Pacífico em que a homossexualidade masculina tem punições que vão de multa a catorze de anos de detenção.

4 DIREITO SUCESSÓRIO E RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Discorre-se no presente trabalho sobre como a sociedade vê a homossexualidade e, principalmente, qual o respaldo jurisdicional dado ao tema. Percebe-se que há um constante despreparo e preconceito institucional, visto que boa parte da sociedade ainda considera a diversidade sexual uma anomalia. Desse modo, no Brasil, os legisladores vêm continuamente rejeitando a concessão de igualdade aos homossexuais por receio de seus eleitores; mais que isso, os legisladores são um reflexo de nossa sociedade, e aí reside a maior importância da transformação social por meio das bases. Isso se torna cada vez mais difícil a partir do momento em que, marginalizados por uma sociedade preconceituosa e heteronormativa, os homossexuais acabam sendo distanciados das instituições e do Estado em si, que deveria ser Democrático de Direito, inclusivo e laico.

Expõe-se também, nos capítulos anteriores, que a homossexualidade não é um fenômeno recente; pelo contrário, ela possui uma base histórica robusta, tão antiga quanto os relacionamentos entre pessoas de sexos opostos. Além da história da sexualidade humana, discute-se sobre a oficialização dessas uniões, primeiramente pela religião e depois pelo Estado, por meio do casamento, da união estável e das uniões civis e parceria registradas, estas últimas presentes em outras legislações pelo mundo. Um dos objetivos disso é desmistificar o matrimônio, de modo a provar que não há óbice nenhum, moral ou legal, a impedir o casamento igualitário numa sociedade democrática.

O terceiro e último capítulo possui o condão de discutir a legitimidade e, conseqüentemente, a possibilidade de os companheiros envolvidos em um relacionamento homoafetivo serem parte de uma sucessão de direitos quando do rompimento da relação por causas naturais. Desta forma, o estudo do tema começa com esclarecimentos acerca da sucessão como um instituto geral para que só então possamos avançar para a discussão sobre a aplicação do instituto aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo.

4.1 Instituto da sucessão

O Direito das Sucessões – o qual toca a transmissão de direitos ou de bens operada pelas vias legais entre o *de cuius* (pessoa falecida) e o(s) sobrevivente(s) – encontra-se descrito e definido em certas regras e leis especiais que tratam dos bens, direitos e/ou encargos a serem transmitidos.

Washington de Barros Monteiro (2011, p. 11) coloca em evidência as seguintes reflexões sobre a palavra sucessão:

Num sentido amplo, a palavra *sucessão* significa o ato pelo qual uma pessoa toma o lugar de outra, investindo-se, a qualquer título, no todo ou em parte, nos direitos que lhe competiam. Nesse sentido se diz, por exemplo, que o comprador *sucede* ao vendedor no que concerne à propriedade da coisa vendida. De forma idêntica, ao cedente *sucede* o cessionário, o mesmo acontecendo em todos os modos derivados de adquirir o domínio ou o direito. (grifos no original)

O autor comenta também que, no que se refere ao Direito das Sucessões, o termo é empregado num sentido mais específico, visto tratar-se apenas da transferência da herança ou do legado pela morte de alguém para outrem (chamado de herdeiro ou legatário, dependendo do caso), seja por força de lei, seja por força de testamento (MONTEIRO, 2011, p. 11). Contudo, com o advento do fenômeno da transmissão, há obrigações e direitos que se extinguem subjetivamente, mas não objetiva nem definitivamente, já que são assimilados pela esfera jurídica de outrem, o qual os recebe de forma derivada.

Complementa Celso Affonso Garreta Prats (1983, p. 21) que “...a sucessão é, indiscutivelmente, uma consequência necessária à conservação das afeições familiares, pela perpetuação da personalidade e para o cumprimento dos deveres que ela impõe na continuação da propriedade.” Mesmo que seja considerado o aspecto temporal, a opinião do autor ainda é muito interessante ao passo que desmistifica as origens da sucessão e a expõe pelo que ela realmente é: uma compensação pelo papel da família como perpetuadora do direito à propriedade.

Para Sílvio de Salvo Venosa (2014, p. 15), a palavra suceder quer dizer trocar algo ou alguém de lugar. Portanto, já no terreno dos fenômenos jurídicos, sucessão engloba a substituição do titular de um direito, apresentando-se de forma que conteúdo e objeto da relação jurídica continuem os mesmos, alterando-se, porém, os titulares da relação jurídica em vista da sucessão.

A sucessão é a transferência para alguém dos bens deixados por um falecido em benefício de seus herdeiros, os quais passam a ser sucessores, ou seja, continuadores dos bens. Entende-se por isso que a sucessão é uma forma de transferência do patrimônio em uma sociedade organizada, visto que a morte do proprietário do patrimônio não extingue as relações jurídicas dele provenientes. Além disso, a sucessão também tem o caráter de premiação à família tradicional pela continuidade e pelo fortalecimento da propriedade privada.

Sobre os pressupostos da sucessão, Monteiro (2011, p. 11) assevera:

A sucessão, no questionado ramo do direito civil, tem, pois, como pressuposto, do ponto de vista subjetivo, a morte do autor da herança. Antes desse evento, o titular da relação jurídica é o *de cuius* [...]. Depois dele, o herdeiro torna-se titular, sucedendo o defunto, tomando-lhe o lugar e convertendo-se assim no sujeito de todas as relações jurídicas que, a este pertenciam. (grifo no original)

Em sintonia com Monteiro, Rodrigues (2002, p. 3) é da opinião de que a sucessão é a transferência do patrimônio de alguém que falece, sendo que o patrimônio é formado por todos os bens adquiridos em vida. Mais que isso, um dos princípios jurídicos que, segundo o autor, também exerce influência nesse fenômeno é o de que o herdeiro adquire tanto o ativo (todos os bens que podem ser descritos de forma pecuniária) quanto o passivo (obrigações, principalmente dívidas) do falecido.

Por último, Diniz (2003, p. 15) comenta que “...a sucessão é a continuação, em outrem, de uma relação jurídica que cessou para o respectivo sujeito, constituindo um dos modos, ou títulos de transmissão, ou de aquisição de bens ou direitos patrimoniais. ”

Destaca-se, mais uma vez, que o direito sucessório nasceu como uma derivação natural da propriedade privada, a qual se encontra assegurada pelo artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988. Além disso, ainda que se observe uma certa homogeneidade na conceituação da sucessão por parte dos autores consultados, seu estudo é complementado pela compreensão do princípio da *saisine*, o qual foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 1.784 do Código Civil.

4.2 Princípio da *saisine*

O princípio da *saisine* ou, em francês, *droit de saisine* é oriundo da tradição jurídica da Idade Média, por volta do século XIII. Naqueles tempos, os senhores feudais estabeleceram o protocolo de exigir pagamento dos herdeiros de seus servos mortos pela autorização de acessar os bens herdados. Com o objetivo de livrar os servos desta imposição injusta, foi cunhado o entendimento de que os bens do *de cuius* se transferem aos seus herdeiros na ocasião da morte, sendo injusto o pagamento ao senhor feudal.

Nos dias de hoje, notadamente no contexto jurídico brasileiro, pode-se definir a *saisine* como o direito do herdeiro vocacionado de se apossar dos bens do *de cuius*. Ou seja, sem a necessidade de qualquer ato após a morte do *de cuius*, o herdeiro legítimo ou testamentário poderá exercer a posse dos bens imediata e diretamente, mesmo que do

falecimento não tenha notícia. É o que dispõe o art. 1.784 do CC: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”

A partir desse princípio, são originados alguns efeitos muito relevantes para a sucessão, os quais vão além da transmissão imediata dos bens, mas com ela são intimamente relacionados. É sobre eles que discorrem Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2003, p. 44):

...a identificação da lei aplicável à data da sucessão e respectiva capacidade sucessória, prevista no art. 1.787 do Código Civil. [...] Outro efeito é que se identificam os herdeiros neste momento, ressalvado os direitos dos já concebidos, se posteriormente nascidos com vida. Só em situações especiais (art. 1.799, I, CC) pode-se cogitar em benefício testamentário pessoas não concebidas, como prole eventual. [...] Por fim, com a abertura da sucessão, o quinhão hereditário, embora ainda não individualizado ou discriminado, passa a integrar o patrimônio do herdeiro (como direito, e não bem móvel ou imóvel), podendo, nestas condições, ser transmitido, no todo ou em parte, por ato *inter vivos*, através da cessão de direitos hereditários, ou até mesmo ser objeto de penhora ou constrição judicial por eventuais credores do herdeiro.

A morte, então, como fato jurídico, dá início aos vários atos que serão postos em prática com o intuito de efetivar e formalizar a sucessão. Entre estes atos está o inventário, que não deve ser confundido com a *abertura* da sucessão – é na abertura do *inventário* que os sujeitos terão a oportunidade de se colocarem como parte do processo judicial que oficializará a transferência dos direitos hereditários enquanto que a *sucessão*, a transferência de pronto dos bens e direitos do falecido, já ocorre a partir do falecimento conforme princípio da *saisine*.

Por fim, ressalta-se que, no sistema jurídico brasileiro, os herdeiros só respondem por dívidas dentro das forças da herança (*intra vires hereditatis*). Isso significa que é impossível herdar mais obrigações do que bens, como podemos deduzir pela leitura do art. 1.792 do Código Civil. Inclusive, a sucessão pode estar fundamentada tanto no vínculo familiar (sucessão legítima) quanto na vontade do *de cuius* (sucessão testamentária).

4.3 Sujeitos

Segundo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 15), entende-se que “...o sujeito ativo da sucessão é sempre o antigo titular do direito transmissível, chamado de autor da herança”. Contudo, também explicam os autores que a pessoa que vem a morrer possui a prerrogativa de registrar sua última vontade em uma cédula testamentária, a qual deverá ser obedecida (se seguidos os procedimentos e prescrições

legais) e tem por finalidade endereçar os bens e direitos do *de cuius* às pessoas indicadas por ele em vida.

Por outro lado, os sujeitos passivos da sucessão são chamados de herdeiros e legatários. Na relação jurídica da transmissão de bens e direitos *mortis causa*, tomam essa posição os sucessores habilitados a receber uma parcela ideal (herdeiro) ou um bem específico (legatário). Isso é o que nos ensinam Hironaka e Pereira (2004, p. 15). Sobre a primeira classe de sucessores, Rodrigues (2008, p. 142) comenta que “...há duas ordens de herdeiros: os parentes (descendentes, ascendentes e colaterais); e o cônjuge sobrevivente. Há quatro classes sucessíveis: dos descendentes; dos ascendentes; do cônjuge e dos colaterais.” No tocante aos legatários, são Hironaka e Pereira (2004, p. 18) que nos explicam mais uma vez:

Os legatários não devem ser confundidos com os herdeiros, merecendo, por isso, tratamento jurídico próprio. São os sucessores instituídos por testamento para receber determinado bem (certo e individualizado) a título singular, podendo, igualmente, coincidir com pessoa do próprio herdeiro legítimo ou do herdeiro testamentário.

Portanto, de acordo com o que prescreve o art. 1788 do Código Civil e com o que ensina Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 42), caso o autor da herança faleça sem ter feito um testamento, seus bens e direitos serão transferidos aos chamados herdeiros legítimos. Essa transferência acontecerá seguindo uma determinada preferência, à qual dá-se o nome de *ordem da vocação hereditária*. É comum falar que, na sucessão legítima, são apontados a suceder aqueles que o *de cuius* provavelmente mencionaria se houvesse deixado uma declaração de última vontade. Daí depreende-se que a sucessão legítima se coloca como a presunção da última vontade do autor da herança.

Sobre os herdeiros legítimos, convém traçar a diferença entre os necessários e os facultativos. Segundo Gonçalves (2012, p. 156), herdeiro necessário são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, os quais serão obrigatoriamente inseridos no rol de herdeiros (se existirem). Por outro lado, facultativo é aquele que somente herdará no caso de ausência de ao menos um herdeiro necessário e de testamento que defina a destinação dos bens e direitos do *de cuius*. Nesse caso, seria como se o autor da herança excluísse tacitamente o herdeiro facultativo ao dispor sobre a totalidade do seu patrimônio no testamento, em vez de apenas da metade.

Além disso, o art. 1.788 do Código Civil dispõe que há a possibilidade de a sucessão ser legítima se o testamento caducar (tornar-se eficaz por motivo originado após o

documento, como a morte de beneficiário ou a destruição do bem) ou for declarado nulo. É o que também entende Gonçalves (2012, p. 43).

Caso o autor da herança deixe um testamento, será aberta a sucessão testamentária. Nessa hipótese, a transferência dos bens do falecido ocorre por ato de última vontade, ou seja, o titular do direito se utiliza do testamento para determinar o destino de seus bens após a morte, devendo ser seguidas algumas exigências da lei. Maria Helena Diniz (2014, p. 211) define testamento como a disposição, integral ou não, do patrimônio ou a determinação de providências de caráter pessoal ou familiar para depois do falecimento por meio de ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável.

Em complementação, Gonçalves (2012, p. 43) destaca que o Código Civil, no seu art. 1.789, determina que, se existirem herdeiros necessários, o testador só poderá dispor de metade de seu patrimônio. Por isso, na presença de herdeiros necessários (ascendentes, descendentes ou cônjuge), a herança será dividida meio a meio, e o *de cujus* só poderá ter determinado a destinação de uma das metades, sendo possível apontar como sucessor testamentário qualquer pessoa, inclusive um dos já herdeiros necessários.

Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi (2004, p. 111) destaca que, caso o regime do casamento do testador seja a comunhão universal de bens, metade de seu patrimônio já pertencerá ao outro cônjuge antes mesmo da morte, podendo ele dispor apenas da metade do restante, ou seja, um quarto do todo. O regime de bens do casamento também influenciará o ordenamento da vocação hereditária dos herdeiros necessários.

Resumindo, os sujeitos da sucessão são os herdeiros necessários (ascendentes, descendentes e cônjuge) e os facultativos (que só herdam na ausência dos necessários e de testamento que disponha da totalidade da herança). Se houve testamento, os herdeiros necessários só têm direito à metade do patrimônio do autor da herança, restando a outra metade para o sucessor testamentário, o qual poderá ser herdeiro (possui direito a uma quota-parte) ou legatário (ao qual foi atribuído, no testamento, direito sobre bem ou direito individualizado). Na falta de qualquer um desses sujeitos, terá direito o Estado sobre a herança do *de cujus*.

4.4 Herança e herdeiros

A sucessão é a transferência de bens ou de direitos do falecido (*de cujus*) para um ou demais sobreviventes, operacionalizada pelos dispositivos legais. Por outro lado, a herança se constitui na integralidade do patrimônio; nisso se incluem tanto direitos e bens como

também dívidas deixadas pelo falecido, as quais serão distribuídas entre os herdeiros (lembrando que, no ordenamento jurídico pátrio, é impossível herdar mais obrigações que bens e direitos).

Outra característica importante é que a herança é indivisível até que se realizem o inventário e a partilha. Além disso, ela está sujeita à aceitação do herdeiro, ou seja, pode ser recusada, declarada jacente ou declarada vacante. Em resumo, a herança trata-se do objeto da sucessão hereditária.

Nos casos em que um herdeiro hábil não é encontrado para suceder o *de cujus*, diz-se que a herança é jacente. Essa modalidade de herança é colocada sob os cuidados de um curador, o qual deverá conservar e administrar o patrimônio até que seja achado herdeiro. É o que nos ensinam Hironaka e Pereira (2004, p. 77) ao comentarem o disposto no art. 1.819 do Código Civil.

Após formalizados todos os requisitos legais, notadamente os prazos, sem que haja localização de um herdeiro, esse patrimônio se torna uma herança vacante e deverá ser, a seu tempo, revertido para o Estado conforme dispõem os artigos 1.820 e 1.822 do Código Civil.

A aceitação da herança pode ocorrer de três formas diferentes, sendo elas expressa, através de declaração por escrito do herdeiro habilitado; tácita, em que o herdeiro realiza atos que são compatíveis com a aceitação da herança, como o pagamento dos impostos referentes à transmissão dos bens; e presumida, quando o herdeiro não se compromete por atos ou palavras, mas, ainda assim, tem seu silêncio interpretado como uma anuência.

Como patrimônio indivisível, a herança deve ser aceita totalmente, sendo impraticável o recebimento de forma parcial (tanto bens ou direitos específicos como o ativo em detrimento do passivo). O herdeiro presumido pode, contudo, renunciar à totalidade da herança, de forma expressa, e deixar de receber os bens, direitos e obrigações do *de cujus*. A renúncia é irrevogável, irretroatável e definitiva, exceto no caso de um vício de vontade no negócio jurídico.

Há ainda a hipótese de o herdeiro ser excluído da sucessão por meio das penalidades impostas pela lei para certos atos lesivos contra o autor da herança – é o caso da exclusão por indignidade e da deserdação.

A primeira hipótese de exclusão é definida por Ana Cláudia Silva Scalquette (2009, p. 135) como “...uma pena civil criada pelo legislador para que as pessoas que cometem certos atos, previstos em lei, possam ser afastadas da herança por não serem dignas de recebê-la.” Portanto, determina o art. 1814 do Código Civil que se torna indigno para

recebimento de herança aquele que tenha praticado atos contra a vida, a honra ou a liberdade de testar do *de cuius*.

Já a segunda é a retirada do herdeiro da sucessão pelo próprio autor da herança por meio do testamento. Nesta modalidade, a vontade do *de cuius* em deserdar o sucessor deve ser expressa. Somente os herdeiros necessários podem ser deserdados e, no testamento, deve estar explícito o motivo do ato. Sobre as causas para que o *de cuius* se utilize do instituto da deserdação, Scalquette (2009, p. 139-140) considera as seguintes:

Todas as causas previstas para a indignidade (art. 1.814, CC); ofensas físicas, injúria grave, relações ilícitas com a madrasta ou padrasto, relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou neta, desamparo do ascendente em caso de alienação mental ou grave enfermidade e desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Quando se trata de LGBTs, devido aos inúmeros casos de discriminação doméstica, é mais comum encontrar ascendentes que podem ser enquadrados nas hipóteses de deserdação e indignidade, o que inverte a lógica da transmissão (dos mais velhos aos mais novos) e da perpetuação da propriedade privada dentro dos grupos familiares. É que a homossexualidade e a transexualidade não dão causa, legalmente, à deserdação e à indignidade, mas os crimes contra a honra, as ofensas físicas e as injúrias graves sim.

4.5 Ordenamento da vocação hereditária

A sucessão hereditária acontece de acordo com as previsões legais, abrangendo todo o patrimônio do autor da herança caso não haja testamento ou se o testamento existente for caduco ou inválido. Só é possível dispor em testamento de metade do seu patrimônio; por isso, ainda que o *de cuius* tenha deixado registrada a destinação de seus bens, haverá sucessão hereditária se existirem herdeiros necessários.

Há uma ordem de primazia que deve ser seguida pela sucessão hereditária, a chamada ordem de vocação hereditária. Essa ordem está descrita no art. 1.829 do Código Civil e separa os herdeiros em graus de preferência em relação ao autor da herança. Eduardo de Oliveira Leite (2005, p. 210-211) conclui que, na sucessão legítima (em oposição à sucessão testamentária), são agraciadas as relações de parentesco e afinidade, chamando-se os herdeiros de acordo com a ordem legal.

Na abertura da sucessão legítima, a primeira classe a ser convocada é a dos descendentes, ou seja, filhos, netos, bisnetos, etc. Daneluzzi (2004, p. 156) entende que os

filhos herdam por cabeça, e os outros descendentes podem herdar tanto por cabeça (se todos os membros da classe anterior forem premortos, ou seja, mortos antes da abertura da sucessão) como por estirpe (neste caso, herdam representando o ascendente premorto, recebendo ou compartilhando quinhão que dele seria de direito).

Juntamente aos descendentes, também será chamado à sucessão o cônjuge sobrevivente. Entretanto, o regime de bens do casamento deverá ser levado em conta, visto que ele determinará quais bens terá o cônjuge direito de herdar. Assim entende Gonçalves (2012, p. 169):

Em regra, não há concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido, se o regime de bens no casamento era o da *comunhão universal*. Entende o legislador que a confusão patrimonial já ocorrera desde a celebração da união nupcial, garantindo-se ao cônjuge sobrevivente, pela meação adquirida, a proteção necessária. De fato, sendo o viúvo ou a viúva titular da meação, não há razão para que seja ainda herdeiro, concorrendo com os filhos do falecido. (grifos no original)

Ao estudar as palavras do autor, é perceptível que, se o regime de bens da união for o da comunhão universal de bens, já serão de propriedade do cônjuge sobrevivente metade de todos os bens do *de cujus* no momento do falecimento, não havendo motivo, desta forma, para que ele ou ela concorra à metade restante com os membros da primeira classe convocada à sucessão.

Também não concorrerá com os descendentes à herança o cônjuge sobrevivente, segundo Gonçalves (2012, p. 170), no regime da separação obrigatória, visto que tal separação é total e permanente, atingindo inclusive os bens adicionados ao patrimônio já na constância do casamento, nem no regime da comunhão parcial se o autor da herança não possuía bens particulares. Quanto a esta segunda hipótese, vejamos o que diz Gonçalves (2012, p. 170):

Vale dizer, a contrario sensu, que haverá a mencionada concorrência se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança deixou bens particulares, ou seja, se já possuía bens ao casar, ou lhe sobrevieram bens, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar.

Convém agora analisar a segunda classe sucessória: os ascendentes. Essa classe será convocada na inexistência de herdeiros da classe anterior, ou seja, de acordo com o que já foi visto, caso não existam filhos, netos, bisnetos, etc., serão chamados à sucessão os pais do *de cujus*, participando também o cônjuge sobrevivente em concorrência. Assim preceitua Gonçalves (2012, p. 178):

Somente não havendo herdeiros na classe dos descendentes é que são chamados à sucessão os ascendentes, em possível concorrência com o cônjuge sobrevivente (CC, 1.836). Nesse caso, a sucessão orienta-se por dois princípios: a) o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas; b) havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

Verifica-se, portanto, que, na sucessão pelos ascendentes, não é prevista a possibilidade de representação ou estirpe. Ou seja, se o *de cuius* possui a mãe e os avós paternos vivos, terá direito à totalidade do seu patrimônio apenas a mãe. Vigora a regra de que o parente mais próximo exclui o mais remoto; por isso, se os pais do autor da herança já forem falecidos, porém todos os seus avós maternos e paternos estiverem vivos, terão eles direito de herdar o patrimônio de forma igualitária entre os quatro.

Se o falecido possuía apenas três ascendentes de mesmo grau, dois do lado da mãe e um do lado do pai, por exemplo, Diniz (2014, p. 136) aduz que “...todos receberão a herança, que será repartida entre as duas linhas meio a meio, metade será devolvida aos dois avós [ascendentes] maternos (uma linha) que receberão $\frac{1}{4}$ cada um, e a outra metade ao único avô [ascendente] paterno (outra linha).”

Destaca-se que as condições elencadas no artigo 1.829 do Código Civil a respeito dos efeitos do regime de bens do casamento na concorrência do cônjuge com os descendentes à herança não se mantêm na concorrência com os ascendentes. Segundo Leite (2013, p. 127), o regime de bens adotado pelos cônjuges não influenciará os bens que podem ou não ser herdados pelo sobrevivente, ocorrendo de qualquer modo a concorrência sucessória deste com os ascendentes do *de cuius*.

Na terceira classe, encontra-se o cônjuge sobrevivente. Na inexistência de membros das classes anteriores, ele herdará sozinho todos os bens do *de cuius*, independentemente do regime de bens do casamento. O cônjuge sobrevivente também é o último dos herdeiros necessários, ou seja, aqueles cuja existência limita o direito de testar do sucedido. Sobre o regime de bens nessa classe de herdeiros, Salomão de Araújo Cateb (2000, p. 94) explica que “...o cônjuge sobrevivente é chamado a recolher a herança, qualquer que seja o regime de bens adotado no casamento à falta de descendentes e ascendentes, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.”

Na quarta classe, segundo o art. 1.839 do Código Civil, estão os colaterais. Segundo Leite (2013, p. 129), são colaterais, no ordenamento jurídico brasileiro, irmãos (2º grau); tios e sobrinhos (3º grau); primos, tio-avô, sobrinho-neto (4º grau). Nessa classe, os genealogicamente mais próximos excluem os mais distantes, salvo o direito de representação

garantido aos filhos de irmãos (sobrinhos), como estabelece o art. 1.840 do Código Civil. Sobre esse direito, Diniz (2014, p. 183) explica:

Assim, se forem convocados à sucessão os irmãos (parentes de segundo grau), excluídos estarão os tios e sobrinhos (terceiro grau); igualmente, os do terceiro grau arredam os do quarto (primos, tios-avós, e sobrinhos-netos). [...] se o autor da herança deixa dois irmãos e dois sobrinhos, filhos de um irmão premorto, a herança será dividida em três partes iguais, cabendo as duas primeiras partes aos irmãos sobreviventes, e a terceira aos sobrinhos, que a dividirão entre si.

Portanto, ainda que os irmãos pertençam e os sobrinhos ao terceiro, estes herdarão por direito de representação ao genitor falecido, ficticiamente se aproximando em um grau do *de cuius*. Embora fosse possível entender dessa forma, a representação não alcança os tios, que também fazem parte do terceiro grau, porque a legislação assim não previu.

Há outra regra própria da sucessão entre irmãos que deve ser citada. Conforme o art. 1.841 do Código Civil e os ensinamentos de Gonçalves (2012, p. 201), se os concorrentes à herança forem irmãos por parte de pai e parte de mãe (bilaterais) e irmãos apenas por parte de pai ou apenas por parte de mãe (unilaterais), cada um desses herdará metade do que herdará cada um daqueles. Ou seja, no caso de haver mais de um irmão chamado a suceder o *de cuius*, os irmãos com maior afinidade sanguínea terão maior vantagem.

Quanto à sucessão de colaterais tios e sobrinhos, Daneluzzi (2004, p. 179) escreve:

Temos que, se com tios concorrem filhos de irmão unilateral, estes só receberão metade do quinhão cabente aos tios, pois, como aqueles herdaram por direito de representação, só recebem aquilo que seu pai receberia, se vivo fosse. Insta ainda afirmar que, como determina a lei, quando na sucessão concorrem só sobrinhos, e houver filhos de irmãos unilaterais e bilaterais, estes herdarão o dobro do que herdarem aqueles (CC, art. 1.843, §2º). Mas, se todos os sobrinhos forem filhos de irmãos bilaterais, ou todos de irmãos unilaterais, herdarão por igual.

A doutrinadora utiliza a palavra “tio” com os sobrinhos do *de cuius* como referencial e não o *de cuius* em si. É que, segundo o *caput* do art. 1.843 do Código Civil, os tios do *de cuius* só herdarão na ausência de irmãos (unilaterais ou bilaterais) e sobrinhos do falecido. Tios do *de cuius* e sobrinhos do *de cuius* não concorrem à sucessão ao mesmo tempo. No caso de irmãos premortos, os filhos dele herdarão o que ele herdaria (se unilateral, metade do que herdarão os bilaterais; se bilaterais, o mesmo que os outros bilaterais ou o dobro do que herdarão os irmãos unilaterais).

Gonçalves (2011, p. 201) explica que, caso não existam sobrinhos, os tios do falecido serão chamados; destaca-se que essa é uma exceção à regra, visto que, embora tios e sobrinhos estejam igualmente distantes do *de cuius* (3º grau), os sobrinhos excluem os tios do falecido. Em seguida, serão chamados os primos-irmãos, sobrinhos-netos e tios-avós (4º grau); nesse grau, não existe direito de representação, ou seja, esses colaterais herdam por direito próprio, igualmente e sem preferências.

Por último, não havendo parentes habilitados a suceder, nem cônjuge ou companheiro, ou se a herança tiver sido recusada por todos, o art. 1.844 do Código Civil determina que o patrimônio será encaminhado ao Município ou ao Distrito Federal da jurisdição, ou, se localizado em Território Federal, à União. É o que entende Diniz (2014, p. 185):

O Poder Público não mais consta no rol dos herdeiros apontados na ordem de vocação hereditária (CC, art. 1.829), sendo chamado à sucessão do *de cuius* na falta de consorte ou companheiro sobrevivente e de parente sucessível até o quarto grau, desde que haja sentença que declare a vacância dos bens, que só passarão ao seu domínio após 5 anos de abertura da sucessão, porque nesse lapso de tempo o herdeiro pode, ainda, reclamar judicialmente a herança.

Em resumo, para que a herança seja devolvida ao Poder Público, é preciso que, inexistindo herdeiros (necessário ou colaterais) habilitados, seja declarada judicialmente a sua vacância. Cabe ressaltar que, segundo o art. 1.822, parágrafo único, a declaração de vacância já exclui de pronto os colaterais da sucessão. A partir daí, começará a contar o prazo de cinco anos para a reversão desse *status* pelo aparecimento de um herdeiro necessário; só depois de transcorrido esse prazo é que a herança estará sob o domínio do Poder Público.

4.6 Testamento e sucessão testamentária

Diferente da sucessão legal – aquela em que a ordem de vocação está expressamente prevista na lei, que determina com clareza quem são os herdeiros necessário e facultativos –, não há ordem de preferência na sucessão testamentária. Há, contudo, formalidades e procedimentos a serem seguidos, os quais determinarão a validade do ato de última vontade e da sucessão testamentária em geral.

O *de cuius* pode ter deixado, antes do óbito, seus desejos quanto a seus bens em uma cédula testamentária. Muitas vezes, esse ato tem por objetivo dividir bens específicos

entre os herdeiros necessários ou consagrar pessoa diversa, que não esteja no rol dos herdeiros indicados no Código Civil.

Sobre o ato de última vontade do *de cuius*, Zeno Veloso (2008, p. 101) esclarece: “...conceituo testamento como negócio jurídico pelo qual uma pessoa dispõe no todo ou em parte de seu patrimônio ou faz outras determinações de última vontade. ”

Compreende-se pelo exposto, portanto, que o testamento pode dispor de todos os bens do testador ou de apenas alguns. Entretanto, o testador somente poderá definir o destino da integralidade de seus bens quando não houver herdeiros necessários (descendentes, ascendentes ou cônjuge), visto que a eles é garantida pelo menos a legítima, a quota indisponível da herança equivalente a 50% do patrimônio do *de cuius*. Isso está previsto no parágrafo primeiro do art. 1.857 do Código Civil: “A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento. ”

Diniz (2014, p. 205) complementa:

Na transmissão hereditária conjugam-se dois princípios: o da autonomia da vontade, em que se apoia a liberdade de dispor, por ato de última vontade, dos bens, e a da supremacia da ordem pública, pelo qual se impõem restrições a essa liberdade. Com isso protege-se a propriedade e a família, ou melhor, o interesse do autor da herança e o da família. Tendo em vista o interesse social geral, acolhe o Código Civil o princípio da liberdade de testar limitada aos interesses *de cuius* e, principalmente, aos de sua família, ao restringir a liberdade de dispor, no caso de ter o testado herdeiros necessários, ou seja, descendentes, ascendentes e o cônjuge, hipótese em que só poderá dispor da metade de seus bens, pois a outra metade pertence de pleno direito àqueles herdeiros [...], exceto se forem deserdados ou excluídos da sucessão por indignidade.

Falta delimitar ainda, na sucessão testamentária, quem estará legitimado a ser sujeito ativo e passivo de tal relação jurídica, visando que o ato de última vontade seja julgado válido. Por isso, devem ser avaliados os requisitos legais. De início, verifica-se que a capacidade testamentária ativa vem prevista no art. 1.860 do Código Civil, que proíbe incapazes e desprovidos de pleno discernimento durante o ato de testarem. Sobre a legislação, Gonçalves (2012, p. 234) escreve:

O dispositivo em apreço menciona somente os que não podem testar: os incapazes e os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Compreende-se que, exceto estas, todas as pessoas podem fazer testamento válido. Nessa conformidade, podem testar, por exemplo, o cego, o analfabeto, o falido, etc.

A regra geral, portanto, é a plena capacidade de testar, visto que apenas as exceções arroladas no artigo 1.860 são citadas. Até mesmo os maiores de dezesseis anos

podem deixar um ato de última vontade, como determinar o parágrafo único do artigo em análise. Isso se deve ao fato de o legislador ter levado em consideração a capacidade eleitoral, não a civil, como observa Leite (2013, p. 169).

Já a capacidade testamentária passiva é a possibilidade de ser beneficiado pelo ato de última vontade do falecido, ou seja, de ser agraciado com bens e direitos do patrimônio do *de cuius* por meio do testamento. Em regra, todas as pessoas físicas ou jurídicas são potenciais recebedores na sucessão testamentária. Ao fazer clara menção a *pessoas*, a legislação excluiu animais e coisas inanimadas do rol de sucessores testamentários, exceto, como afirma Diniz (2014, p. 216), que o disposto sobre eles seja relativo a ônus ou liberalidade a um possível beneficiário.

Embora o art. 1.799 do Código Civil mencione apenas as pessoas nascidas ou concebidas à época da abertura da sucessão no tocante à capacidade testamentária passiva (princípio da coexistência), Diniz (2014, p. 216-217) adiciona:

...se o herdeiro ou legatário falecerem antes do testador, a cláusula testamentária que os contempla caduca ou se torna ineficaz, embora nada obste que o testador, prevendo a premorte do herdeiro instituído, declare que, na ocorrência desse fato, o direito à sua sucessão passará aos descendentes daquele, que herdarão em razão de substituição ordenada no testamento e não em razão de direito de representação, que inexistente na sucessão testamentária.

Entende-se, portanto, que, como não existe direito de representação na sucessão testamentária, os descendentes do beneficiário falecido do testamento só receberão a parte dele se o testador incluiu cláusula que contemple a representação em caso de premorte do sucessor. Nesse caso, a substituição do beneficiário é exceção, não regra.

O legislador previu também, no artigo 1.799, I do Código Civil, a capacidade testamentária passiva da prole eventual, ou seja, os filhos ainda nem mesmo concebidos de pessoas indicadas pelo testador. Contudo, para que a prole eventual possa ser beneficiada pelo testamento, os genitores deverão estar vivos no momento da abertura da sucessão, ou seja, no momento da morte do *de cuius*. É o que explica Diniz (2014, p. 218):

O indivíduo não concebido (*nondum conceptus*) até a morte do testador, salvo se a disposição testamentária se referir à prole eventual de pessoas designadas pelo testador, desde que estejam vivas, ao abrir-se a sucessão. [...] Para receber herança ou legado será preciso que o beneficiado seja nascido ou esteja ao menos concebido por ocasião do óbito do disponente.

O detalhe é que, ainda que o disponente possa incluir uma prole eventual como beneficiária de seu testamento, ele deve ser claro quanto a isso. Se ele simplesmente indicar

uma pessoa que não esteja concebida no momento da abertura da sucessão, a cláusula não será válida. A referência será o genitor ou os genitores indicados em testamento, que deverão estar vivos na abertura da sucessão sob pena de ser invalidada a disposição do testamento.

É importante citar que, após a partilha, os bens da prole eventual serão administrados por um curador durante o período de dois anos. Caso as pessoas indicadas pelo *de cuius* ainda não possuam filhos no fim desse prazo, os bens retornarão ao espólio e serão divididos segundo a ordem legal.

Outro ponto importante a ser citado sobre o testamento é o disposto no art. 1.801 do Código Civil, o qual trata das situações específicas em que o indicado não poderá ser beneficiário do ato de última vontade.

O primeiro caso de incapacidade relativa é citado no inciso I do art. 1.801, o qual impossibilita de serem herdeiros e legatários aqueles que foram responsáveis por escrever o testamento, nem seus irmãos, ascendentes, cônjuge ou companheiro. Para Diniz (2014, p. 221), a regra existe porque "...a pessoa que redigiu o testamento é suspeito, podendo abusar da confiança que o testador nela depositou, alterando o conteúdo de sua última vontade."

Também são proibidas de receber a herança testamentária e o legado, segundo o inciso II, as testemunhas do ato de última vontade. Essas pessoas, no entendimento de Venosa (2014, p. 220), devem se manter completamente afastadas das disposições do testamento, já que poderiam influenciar o testador.

O inciso III retira do rol de sujeitos passivos do testamento o concubino do testador casado, exceto se o *de cuius*, sem culpa, estivesse separado de fato há mais de cinco anos. Destaca-se que Venosa (2014, p. 220) conceitua concubinato a união impura ou adúltera. Sobre o exposto na legislação, o autor (2014, p. 220-221) explica:

No sistema atual, o concubino em geral do testador casado, homem ou mulher, não pode ser nomeado herdeiro ou legatário. O Código de 2002, no entanto, no sentido de abrandar a norma, introduz situação de fato que deverá trazer muita discussão no caso concreto. A restrição não se aplica se o concubino estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos, sem culpa sua. [...] O disposto é inconveniente porque traz muita incerteza à disposição.

Nota-se que o legislador, com o objetivo salvaguardar a família tradicional, criou obstáculos para o recebimento de herança e legado pelo concubino por meio do testamento. A exceção da separação de fato sem culpa por, pelo menos, cinco anos é bastante criticada e discutida pelos doutrinadores tanto pelo longo prazo quanto pela dificuldade em se conseguir provas do lapso temporal e das circunstâncias da separação.

Sobre o filho do concubino, Pereira (2011, p. 193) elucida que ele só poderá ser beneficiado pelo testador se desse também for filho. Caso contrário, a proibição se estende a ele. É o que se entende também pela leitura do art. 1.803 do Código Civil.

Por último, o inciso IV retira a capacidade testamentária passiva do tabelião, civil ou militar, do comandante ou do escrivão perante quem for feito o ato de última vontade ou que aprová-lo. Assim como os sujeitos citados no inciso II, essas pessoas também são consideradas suspeitas pelo seu papel indispensável na elaboração do testamento.

4.7 Inventário e partilha

A partir do falecimento do *de cuius*, já considera-se aberta a sucessão, sendo a posse de seus bens compartilhada entre todos os seus herdeiros (princípio da *saisine*). Reside aí a importância do processo de inventário, o qual tem por objetivo efetivar a partilha justa dos bens entre os sucessores capazes de serem contemplados pela herança. Assim explica Gonçalves (2012, p. 480):

A abertura da sucessão instaura entre os herdeiros um verdadeiro condomínio sucessório, um estado de comunhão, relativamente aos bens do acervo hereditário, que só cessará com a partilha. A tão só constatação dessa realidade é suficiente a revelar a importância capital do processo de inventário, que tende a pôr fim à situação de indivisão do espólio, considerada fonte de litígio e de permanente tensão.

Nota-se, portanto, que os herdeiros, ainda que já possuam direitos sobre a herança, só os materializarão por meio do processo de inventário e da realização de partilha. O inventário, contudo, não possui apenas a intenção de individualizar os bens do falecido. Será nessa fase, também, que serão apuradas as dívidas do *de cuius* e os ativos serão liquidados com a sua disposição na quitação dos débitos. Diniz (2014, p. 412) explica que, ao ser feita a contabilidade dos bens do finado, será revelado o patrimônio líquido, o qual será efetivamente partilhado entre os herdeiros.

Sobre os legitimados para requerer o início do inventário, Pereira (2011, p. 340) ensina:

Qualquer pessoa, que tenha legítimo interesse, é apta a requerer a abertura do inventário: o cônjuge sobrevivente, o companheiro ou a companheira; o herdeiro, o legatário ou o cessionário de um ou de outro; o credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança; o testamenteiro; o curador do herdeiro interdito, na qualidade de seu representante; o síndico da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge sobrevivente; o órgão do Ministério Público, se houver herdeiro incapaz; e, finalmente, o representante da Fazenda Pública. [...] Tem legitimação concorrente aquele que, não sendo nenhuma das pessoas indicadas, estiver, porém,

na posse e administração do espólio [...]. Se, todavia, nenhum dos legitimados requerer a abertura do inventário no prazo legal, poderá determiná-la o juiz, de ofício.

Em princípio, o inventário só poderia ser feito por meio do processo judicial. Contudo, com o objetivo de diminuir as demandas judiciais e dar mais celeridade ao processo, foi criada a Lei nº 11.441 de 4 de janeiro de 2007, a qual veio instituir o inventário e a partilha por escritura pública. Venosa (2014, p. 90-91) explica que, nessa modalidade, é dispensável a homologação judicial quando não houver testamento e os herdeiros forem maiores e capazes. Cabe ressaltar que, como ensina Diniz (2014, p. 455), "...inventário e a partilha constituem um único procedimento, que se cinde em duas fases distintas. ”

Ainda sobre a partilha, Diniz (2014, p. 455) conclui:

A partilha é, portanto, a divisão oficial do monte líquido, apurado durante o inventário, entre os sucessores do *de cuius*, para lhes adjudicar os respectivos quinhões hereditários. Tem, portanto, efeito declaratório, pois, assim que for julgada o direito de cada herdeiro circunscrever-se-á ao seu quinhão (CC, art. 2.023) e também retroativo (*ex tunc*), desde a abertura da sucessão (CC, art. 1.784).

Diz-se que a partilha tem efeito declaratório porque o herdeiro já está na posse dos bens desde a morte do autor da herança, ou seja, a partilha vem apenas oficializar uma situação fática (o domínio do bem). O efeito retroativo se deve ao fato da oficialização operada pela partilha ter efeito não apenas a partir da sentença homologatória, mas também desde a abertura da sucessão (data do óbito).

Também podem ser encontradas as modalidades de partilha amigável e judicial. A partilha ainda pode ser realizada em vida. No tocante à partilha amigável, Pereira (2011, p. 382) escreve:

Acordo de vontades em que são todos os herdeiros reciprocamente outorgantes e outorgados. É mais conveniente do que a judicial, pelo fato de permitir maior flexibilidade na escolha e distribuição dos bens pelos vários quinhões, atendendo às preferências dos herdeiros e evitando a fragmentação da propriedade e a atribuição de bens em comum a herdeiros que não tenham afinidades mútuas.

Ou seja, nesse tipo de partilha, verifica-se que há um acordo entre todos os herdeiros sobre os bens que comporão cada quinhão hereditário ou sobre a forma de recebimento da respectiva herança. Fica evidente pela leitura do artigo 2.015 do Código Civil que, como requisito da partilha amigável, todos os herdeiros deverão ser capazes. Da mesma forma que o inventário, essa modalidade poderá ser feita extrajudicialmente, assim como por escrito particular homologado judicialmente ou por termo nos autos do inventário.

No tocante à partilha judicial, a lei determina que ela será obrigatória sempre que houver divergência entre os herdeiros ou quando algum deles for considerado incapaz. Pereira (2011, p. 382) dá mais detalhes:

Será deliberada por decisão do juiz, que resolverá quanto aos requerimentos dos interessados, determinando quinhões. Efetua-se pelo partidor que, ao lavrar o esboço, lançará os pagamentos das dívidas, calculará a meação do cônjuge e a do finado, e comporá os quinhões dos herdeiros a começar pelo mais velho.

Feito o esboço, serão ouvidos os interessados, e, em seguida, sobem os autos conclusos do juiz, que resolverá as dúvidas e reclamações, julgando-a por sentença.

Portanto, na partilha judicial, será responsabilidade do juiz a definição acerca da destinação dos bens do falecido, devendo sempre ser observado o princípio da igualdade, fundamental nas relações familiares, não apenas quantitativa, mas também qualitativamente. Isso quer dizer que a divisão dos bens deverá atender não apenas à igualdade de valores, mas também aos interesses específicos e à comodidade dos herdeiros, de modo a evitar conflitos futuros.

Em último lugar, a partilha em vida é aquela realizada pelo próprio sucedido antes do falecimento. Se feita por ato entre vivos, será chamada de partilha-doação; se feita através de ato de última vontade, partilha-testamento. Nos dois casos, será o ascendente quem definirá o quinhão hereditário de cada herdeiro. Gonçalves (2012, p. 558) lembra que, obviamente, esse tipo de partilha não poderá prejudicar a legítima.

4.8 Direitos sucessórios dos casais homoafetivos

Apesar dos enormes avanços observados no Direito brasileiro no tocante às relações homoafetivas, muitos deles discutidos no presente trabalho, a luta pela garantia de igualdade jurídica para os casais de pessoas do mesmo sexo continua. Ao mesmo tempo em que muda o entendimento dos tribunais superiores, da mídia e de boa parte da sociedade, muito disso movido por um trabalho constante de conscientização e pressão social dos grupos mais afetados, cresce o *backlash*²⁵ conservador, representado principalmente pela eleição recente de políticos que se posicionam explicitamente contra conquistas LGBTs, prometendo, sob a falácia da defesa da infância, barrar novos projetos sobre o tema e até mesmo retirar direitos desse grupo duramente conquistados.

Com toda a certeza, o marco mais importante para a conquista LGBT em comento neste trabalho, qual seja, o reconhecimento das uniões estáveis como entidades familiares protegidas pelo Estado e, conseqüentemente, dos direitos sucessórios do companheiro ou do cônjuge sobrevivente nessas uniões, é o entendimento unânime adotado pelo STF no

25 Palavra inglesa que, segundo o Dicionário Cambridge, significa, em tradução livre, "...um forte sentimento entre um grupo de pessoas em reação a uma mudança ou a eventos recentes sociais ou políticos". No contexto desse trabalho, é um termo usado para designar atitudes reacionárias contra movimentos culturais e de justiça social, como os movimentos feminista, antirracista e pelos direitos da população LGBT.

juízo de maio de 2011 da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132.

Nesse julgamento, em que foram apreciadas conjuntamente as duas ações, a totalidade dos ministros presentes votou com o relator, o ministro Ayres Britto, no sentido de não admitir qualquer aplicação do art. 1.723 do Código Civil que obste o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares a partir da interpretação conforme da Constituição Federal. O relator entendeu que qualquer interpretação diferente dessa iria contra o art. 3º, inciso IV, da Constituição, o qual veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, portanto, ninguém poderia ser diminuído ou discriminado em função de sua orientação sexual.

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as uniões homoafetivas possuem os mesmos fundamentos básicos das uniões heteroafetivas, ou seja, o amor e o intuito de constituir uma família, e, portanto, devem ser tratadas igualmente perante a lei. Nessa linha de pensamento, ensina Veloso (2012, p. 2008) que “...as famílias constituídas pelo afeto, pela convivência, são merecedoras do mesmo respeito e tratamento dados às famílias matrimonializadas. A discriminação entre elas ofende, inclusive, fundamentos constitucionais.”

Meses, anos e até décadas antes da decisão marcante do Supremo Tribunal Federal, doutrina e jurisprudência já indicavam mudanças no entendimento dos juristas sobre a constitucionalidade da discriminação aos casais homoafetivos. É o que diz Cláudia Thomé Toni (2008, p. 84):

A lei é omissa a respeito dos direitos sucessórios decorrentes das uniões entre homossexuais, mas entendemos perfeitamente cabível o ajuizamento de ação judicial contra o espólio para o requerimento da parte que cabe ao companheiro homossexual neste caso, assim como ocorre na união estável.

Depois de 31 anos, o STJ finalmente encerrou uma batalha judicial decidindo a favor do companheiro homoafetivo do artista plástico Jorge Guinle Filho, o fotógrafo Marco Rodrigues. Nos anos 1970, Jorge e Marco compraram um apartamento no Rio de Janeiro, mas Jorge morreu em 1987, após 17 anos de união. O falecido deixou um testamento, nomeando Marco herdeiro de metade de seus bens, inclusive do apartamento, o qual foi objeto de disputa até recentemente com os outros herdeiros. Mesmo contestado, o testamento foi reconhecido

pela Justiça em 1989 e, ainda que se tratasse do reconhecimento de um testamento, a luta de Marco pela herança de seu companheiro foi considerada pioneira no Brasil.²⁶

Em 2007, quatro anos antes da decisão do STF em comento, um juiz de Belo Horizonte/MG reconheceu uma união homoafetiva para garantir a partilha de bens. O companheiro sobrevivente provou que o casal estava junto desde 1993 e que, desde 2003, ele já recebia pensão por morte devido a entendimento do INSS que considera as uniões homoafetivas para efeitos previdenciários. A mãe do falecido, outra parte no processo, alegou que a legislação brasileira não considerava a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, o que excluiria o companheiro do rol de sucessores; além disso, o apartamento do falecido, principal bem a ser partilhado, havia sido comprado, segundo ela, unicamente pelo falecido, e o cônjuge sobrevivente não possuiria condições de contribuir com sua aquisição.²⁷

Portanto, é descabida a posição de que o companheiro homoafetivo não possui legitimidade para concorrer na sucessão do *de cuius*. Decisão nesse sentido perpetuaria injustiça e levaria ao enriquecimento ilícito de alguém, ou seja, transferência de bens, valores ou direitos de uma pessoa para outra quando não há caracterização de causa jurídica adequada. No caso dos casais de pessoas do mesmo sexo, seria provável que um membro da família sanguínea que não acolheu o homoafetivo em vida fosse um herdeiro preferido em detrimento do companheiro, o qual contribuiu de maneira direta ou não para o acréscimo patrimonial e, para além da perda, ainda teria que lidar com uma ação judicial para ter seu direito garantido. Antes de 2011, esse direito dependeria também de evidências da contribuição do companheiro sobrevivente para o patrimônio, mas esse requisito se encontra superado, como ensina Dias (2011a, p. 153):

Apesar da omissão do legislador, a jurisprudência passou a assegurar ao parceiro sobrevivente as mesmas prerrogativas de que goza o companheiro da união estável. É reconhecido como figurante em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Na inexistência de contrato elegendo regime de bens, vigora o regime da comunhão parcial. Assim, além da meação sobre os bens adquiridos onerosamente durante o período de convívio, tem direito de concorrência sucessória com os descendentes ou os ascendentes do falecido.

26 SEIS perguntas para Marco Rodrigues (vitória no STJ sobre herança). Lulacerda. Disponível em: <<https://lulacerda.ig.com.br/seis-perguntas-para-marco-rodrigues-vitoria-no-stj-sobre-heranca>>. Acesso em: 7 de mai. 2019.

27 JUIZ de Belo Horizonte/MG reconhece união homoafetiva para garantir partilha de bens. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI38555,21048-Juiz+de+Belo+HorizonteMG+reconhece+uniao+homoafetiva+para+garantir>>. Acesso em: 8 de abr. 2019.

Fica cada vez mais claro, no ordenamento jurídico brasileiro, que não é lícito diferenciar os relacionamentos homoafetivos dos heteroafetivos. Antes de 2011, a regra da sociedade de fato, em que era necessário aos homoafetivos provar a efetiva participação no patrimônio do *de cuius*, já era parcialmente aplicada por alguns tribunais. Esse entendimento perdeu força com o julgamento do STF que igualou as uniões estáveis homoafetivas com as heteroafetivas, considerando os casais de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e incluindo-os na esfera do Direito de Família. É o que destaca Flávio Gonçalves Louzada (2011, p. 408):

Já nas uniões estáveis que possuem como regra o regime de comunhão parcial de bens não haveria necessidade de demonstrar a contribuição direta para a aquisição do patrimônio. Assim, o companheiro sobrevivente teria direito, além de participar da sucessão, também à meação do patrimônio, uma vez que a participação indireta não leva em consideração o *quantum* economicamente contribuiu um ou outro companheiro, mas esta contribuição refere-se a qualquer participação na própria relação, englobando desde o apoio espiritual, troca de afeto, respeito, até só afazeres domésticos, dentre outros que de uma forma ou de outra fortifiquem a relação afetiva.

Após o STF garantir a equiparação das uniões estáveis heteroafetivas com as homoafetivas no julgamento conjunto da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF, foi a vez do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378/RS, de entender que a dignidade da pessoa humana, princípio com posição de destaque na Constituição, não pode ser mitigada em razão da orientação sexual do cidadão e que as famílias homoafetivas não podem ser excluídas da proteção jurídica representada pelo matrimônio. Ocorre que ambas as cortes legitimaram apenas a união estável homoafetiva, ficando a cargo do Conselho Nacional de Justiça, na Resolução nº 175 de 14/05/2013, obrigar a celebração direta de casamento civil homoafetivo pelos cartórios e a conversão de uniões estáveis homoafetivas em casamento.

Convém lembrar que o companheiro, seja na união estável homoafetiva ou heteroafetiva, possuía, até 2017, posição diferenciada do cônjuge na sucessão. Salienta Louzada (2011, p. 399) que:

Ademais, o companheiro sobrevivente não prefere nenhum parente, vale dizer se o autor da herança não tiver filhos nem ascendentes, concorrerá com colaterais e terá direito a 1/3 da herança. Assim, o companheiro terá direito à totalidade da herança somente quando não houver nenhum herdeiro legítimo a lhe preceder.

Em 2017, o STF finalmente encerrou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG (Tema 809), que tratava da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil e

estava sendo julgado desde 2016. O ministro Marco Aurélio pediu vistas do processo, unindo ao julgamento o Recurso Extraordinário nº 646.721/RS (Tema 498), que tratava da sucessão de companheiro homoafetivo. Conforme consta no Informativo nº 864 da Corte:

[...] o Supremo Tribunal Federal (STF) afirmou que a Constituição prevê diferentes modalidades de família, além da que resulta do casamento. Entre essas modalidades, está a que deriva das uniões estáveis, seja a convencional, seja a homoafetiva. Frisou que, após a vigência da Constituição de 1988, duas leis ordinárias equipararam os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável (Lei 8.971/1994 e Lei 9.278/1996). O Código Civil, no entanto, desequiparou, para fins de sucessão, o casamento e as uniões estáveis. Dessa forma, promoveu retrocesso e hierarquização entre as famílias, o que não é admitido pela Constituição, que trata todas as famílias com o mesmo grau de valia, respeito e consideração. O art. 1.790 do mencionado código é inconstitucional, porque viola os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente da vedação ao retrocesso.

Chegou ao fim, então, a diferenciação entre os regimes sucessórios da união estável e do casamento, ambos passando a ser regidos pelo art. 1.829 do Código Civil. Se antes havia a discussão de se os homoafetivos estavam em algum tipo de desvantagem por só ser permitido a eles o reconhecimento da união estável, regime familiar hierarquicamente inferior ao casamento civil, agora, após a Resolução nº 175 do CNJ (2013) e o julgamento dos Recursos Extraordinários nº 878.694/MG e nº 646.721/RS (2017), o regime jurídico das uniões homoafetivas e heteroafetivas foi praticamente unificado.

Segundo os fundamentos levantados no decorrer do trabalho, notadamente os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação, não há plausibilidade em discriminar os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. Tratam-se de relacionamentos completamente normais, iguais a quaisquer outros em seu fundamento (amor e afeto) e em seu objetivo (estabelecimento de uma família ou *animus familiae*).

Obviamente, o Poder Judiciário e o Poder Executivo só podem ir até certo ponto na jornada pelos direitos sucessórios dos casais homoafetivos, devendo manter-se dentro de suas competências constitucionais. Como a maior parte das garantias existentes hoje são frutos de entendimentos jurisprudenciais e atos administrativos de órgãos como o Ministério da Saúde, o Conselho Nacional de Justiça, a Receita Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social, a possibilidade de revogação desses atos, por tratar-se de procedimento mais simples, ou da mudança de entendimento dos tribunais superiores paira sobre todas essas conquistas.

Ainda que as leis e a Constituição possam ser alteradas, a inércia do Poder Legislativo sobre quaisquer assuntos conectados à cidadania LGBT preocupa aqueles cujos

direitos mais básicos, como a constituição de uma família, dependem disso. É claro que, para além de leis, o respeito às famílias diversas e às pessoas diversas passa muito mais por ações educativas junto à sociedade e por uma escola transformadora que ensine a tolerância e a dignidade como valores indispensáveis desde cedo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O envolvimento entre pessoas do mesmo gênero, afetivo ou sexual, é tão antigo quanto aquele entre pessoas de gêneros diferentes. Entretanto, o tema ainda é recebido com preconceito por uma parte significativa da sociedade brasileira.

Até 1995, a Organização Mundial da Saúde (OMS) mantinha a homossexualidade (sob o nome de “homossexualismo”) na sua Classificação Internacional de Doenças (CID). A Classificação foi revista, mas, ainda que o sufixo *ismo* seja mais usualmente ligado a patologias, não é difícil encontrar textos jornalísticos e científicos atuais se referindo à homossexualidade (nomenclatura correta, com o sufixo *dade*, que significa *modo de ser*) dessa forma. Isso demonstra que ainda há espaço para conscientização acerca do tema.

No passado, a heterossexualidade e a homossexualidade coexistiram explicitamente, possuindo âmbitos sociais distintos. Era o caso da Grécia Antiga, onde a heterossexualidade estava relacionada à procriação e à propriedade, e a homossexualidade (masculina) era aceita socialmente no contexto do ensinamento de homens mais jovens sobre seu papel na *pólis*. Ou seja, os homens gregos, notadamente os atenienses, tinham um comportamento ora heterossexual, ora homossexual, dependendo do papel social desempenhado no momento.

Na civilização romana, quando o cristianismo ascendeu como instrumento da Igreja Católica Apostólica Romana, ele não só assumiu o controle da espiritualidade pública como também do Estado, criando o que pode ser descrito como uma institucionalização das práticas religiosas. Com o fim do Império Romano e o estabelecimento da Idade Média, a Igreja Católica deixou completamente de ser uma instituição independente, misturando suas funções com a do Estado e até suplantando-o.

A homossexualidade feminina sempre foi menosprezada em detrimento da masculina, tanto científica quanto religiosamente. A Igreja Católica tinha verdadeira obsessão com o sexo homossexual masculino, assim como com a masturbação, pois ambas as condutas ocasionariam o desperdício do sêmen, considerado precioso para a procriação. Mesmo a mulher heterossexual era desprovida de desejos ou vontade própria.

Mesmo com o histórico de perseguição, os movimentos LGBT surgiram como uma reação à homofobia, não à religião. Homofobia é a reação negativa, verbal ou física, das pessoas para com a homossexualidade e os homossexuais. Sendo a homossexualidade uma manifestação natural da sexualidade humana, como é possível observar pela sua presença nos mais variados momentos históricos humanos, a homofobia não o é visto partir do pressuposto

irracional que a homossexualidade é uma perversão, um pecado, uma anomalia ou todas essas alternativas juntas.

Para combater a homofobia, é preciso garantir que o Estado seja laico, isto é, que ele se submeta apenas à Constituição e às leis democraticamente aprovadas. Essa luta é diária porque, ainda que o Brasil seja um país laico segundo sua Constituição e suas leis, há casos de mitigação desse laicismo, seja pelas instituições políticas, seja pelas jurídicas, as quais deveriam ter maior preparo técnico para zelar pelo ordenamento jurídico. Podem ser citados, como exemplos, os símbolos religiosos presentes em prédios públicos e referendados pelo Judiciário.

Entende-se que o Direito Homoafetivo é o ramo do Direito formado por princípios, normas e jurisprudências que tratam das relações jurídicas envolvendo pessoas homoafetivas, notadamente aquelas ligadas ao Direito de Família e ao Direito das Sucessões. Levando-se em conta a importância da jurisprudência na geração de um verdadeiro Direito Homoafetivo, é a partir dela que são encontrados os princípios que regem essas relações.

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proteção à segurança jurídica, da liberdade religiosa e da laicidade do Estado são basilares para o entendimento de que os casais homoafetivos têm os mesmos direitos que os casais heteroafetivos – direito a constituir uma família, direito a oficializar sua união, direito de adoção, direito de participação na sucessão do cônjuge. Foi esse o raciocínio (acertado, dessa vez) do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, na ADPF nº 178 e na ADI nº 4.277, mas não têm sido essa a realidade no Congresso Nacional e na Presidência da República.

Ainda assim, mesmo antes de o STF reconhecer as uniões homoafetivas, vários direitos e benefícios já eram assegurados aos casais de pessoas do mesmo sexo no Brasil, exceto o casamento. É o caso do direito ao seguro DPVAT e aos benefícios previdenciários para o companheiro homoafetivo sobrevivente, direito à liberdade religiosa para as igrejas inclusivas, concessão de financiamentos imobiliários para casais homoafetivos, direito à inclusão do companheiro na declaração de imposto de renda, dentre outros.

O histórico do Brasil no reconhecimento jurídico de situações que já se tornaram norma na prática é longo. No Brasil colonial, por exemplo, era comum encontrar casais vivendo fora do matrimônio, no que ficou conhecido como concubinato. Tanto eram frequentes os concubinatos puros (sem vínculo impeditivo ao matrimônio) como os impuros (quando ambos ou um dos dois é casado). Entretanto, a união estável, ou seja, o casal com

intenção de formar uma família que não oficializa o casamento só foi reconhecida pela lei com o advento da Constituição Federal de 1988.

Também com a Carta Constitucional de 1988, muitas vezes chamada de Constituição Cidadã, veio o veto expresso a qualquer forma de discriminação e distinção entre as pessoas. Ainda que não se cite a discriminação às diferentes orientações sexuais e identidades de gênero, é incompatível com o atual sistema constitucional de inclusão e tolerância a possibilidade de estar permitida a homolesbotransfobia e, conseqüentemente, proibida a união estável e o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O Brasil não é o único país do mundo onde esse tema ainda não foi integralmente tratado pelas instâncias legislativas. Maior economia do mundo e potência global, os Estados Unidos não possuem legislação que garanta o casamento civil como um direito de todos os cidadãos, independentemente do sexo dos nubentes; assim como no Brasil, os casais homoafetivos daquele país também dependem do entendimento da Suprema Corte para terem suas famílias reconhecidas. Na Europa, enquanto há progresso na legislação francesa e irlandesa em relação ao casamento homoafetivo, a Rússia persegue LGBTs com uma lei que veta “propaganda gay”. Na África, na Ásia e na Oceania, salvo algumas exceções (África do Sul, Austrália e Nova Zelândia, por exemplo), a situação para os direitos homoafetivos ainda é precária e com bastante espaço para progresso.

Mundialmente, o destaque às novas demandas jurídicas, ligadas a grupos cujos direitos foram historicamente negados, como o casamento igualitário para casais do mesmo sexo, coloca em evidência a luta por reconhecimento social e política dos movimentos minoritários. No Brasil, a fim de conseguir isso, os grupos minoritários mantêm o foco na aprovação de projetos de “cidadanização”, principalmente como uma contramedida às moralidades rasas cada vez mais presentes nos discursos e práticas de representantes no Congresso Nacional.

Atualmente, a regra da política no Brasil é de “negociações” a favor da perpetuação de privilégios sociais dos líderes que ocupam as vagas do Executivo e do Legislativo, com uma recente contaminação do Judiciário. Essa dinâmica tem sido lida como fundamental na desestabilização de direitos LGBT já conquistados e também daqueles que ainda estão em tramitação e/ou em articulação junto às instituições. Isso se deve ao fato de que esses direitos implicam diretamente na ruptura do *status quo* que vigora há milênios e é reforçado pela moral religiosa. Nesse jogo político, favores e vantagens são usados como moeda de troca na manutenção de interesses, impedindo que a plena cidadania de uma parte da população seja alcançada.

O estudo do julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277, que trata da aquisição de *status* familiar pelas uniões homoafetivas, evidencia como a religiosidade foi utilizada, historicamente e ainda hoje, combinada ao texto da Constituição, para fazer contraponto aos direitos dos casais homoafetivos. No tocante aos argumentos das partes presentes na sessão de maio de 2011, a maior parte falava sobre o simbolismo da família. Também serviu de base para o *decisum* a mudança cada vez mais pronunciada no Direito de Família, que não gira mais em torno do patrimônio e sim do afeto.

É imprescindível lembrar que, mesmo com a manifestação explícita do STF pelo reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas como entidades familiares, essa discussão ainda não foi retomada pelo Poder Legislativo nem pelo Poder Executivo. A morosidade e o silêncio desses agentes políticos na forma de lidar com essa questão, que possui relevância social e tem fundamentação jurídica, demonstra a rejeição sofrida pela ampliação da cidadania de pessoas LGBTs.

Mesmo assim, ao transformar aspectos jurídicos, o pioneirismo do Poder Judiciário garantiu uma gama de direitos civis às pessoas homoafetivas, além do reconhecimento de suas uniões como entidade familiar, como os direitos sucessórios e de adoção. Também foram observados, após a decisão do STF, desdobramentos sociais significativos, a partir do momento em que cada vez mais casais de pessoas do mesmo sexo oficializaram seus relacionamentos. Cabe mencionar, contudo, que travestis e pessoas trans não foram alcançados por essa discussão, ou seja, não puderam desfrutar diretamente dessa ampliação de cidadania para as relações afetivas que possuem.

Atualmente, não apenas a união estável foi estendida aos casais homoafetivos como os direitos sucessórios do companheiro (homoafetivo ou heterossexual) foram equiparados aos do cônjuge. Por determinação do Poder Judiciário, os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo são tratados com a máxima igualdade possível, não sendo mais admitida qualquer discriminação entre casais homoafetivos e heteroafetivos. Contudo, a legislação brasileira não foi alterada pelo Congresso Nacional, ficando esses direitos garantidos pela interpretação do Supremo Tribunal Federal.

Com o crescimento da ala conservadora no Congresso Nacional e na Presidência da República, torna-se cada vez mais possível que a maioria progressista do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça seja substituída no futuro. É importante lembrar que nenhum direito é absoluto, nem mesmo aqueles garantidos por lei. A única certeza é que a resistência e a luta por direitos têm que ser diárias, tanto na rua como nos espaços institucionais, em busca da construção da dignidade dos grupos homoafetivos.

REFERÊNCIAS

- A TRAJETÓRIA contra o preconceito.** Terra. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/direitos-homossexuais/>>. Acesso em: 27 nov. 2018.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato.** 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil.** Vol. 6. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CAMARGO, Sérgio Alexandre. **Conquistas administrativas no direito homoafetivo.** In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das Sucessões.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- CIRURGIAS de mudança de sexo são realizadas pelo SUS desde 2008.** Portal Brasil. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/cirurgias-de-mudanca-de-sexo-sao-realizadas-pelo-sus-desde-2008>>. Acesso em: 27 nov. 2018.
- CRÉDITO imobiliário para casais gays ganha mais mercado.** O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/imoveis/credito-imobiliario-para-casais-gays-ganha-mais-mercado-2957625>>. Acesso em: 27 nov. 2018.
- DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos Polêmicos na Sucessão do Cônjuge Sobrevivente.** 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LAFER, Celso. **Estado laico.** In: **Direitos Humanos, Democracia e República - Homenagem a Fábio Konder Comparato.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A constituição como princípios: os limites da jurisdição constituição brasileira.** São Paulo: Manole, 2003.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: Direito das Sucessões.** 3 ed. Vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693. v. XVI.** São Paulo, Atlas.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil Direitos das Sucessões.** 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA FILHO, Francisco Carlos; MADRID, Daniela Martins. **A homossexualidade e a sua história.** In: IV ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA E III ENCONTRO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA, 4., 2008, Presidente Prudente. Artigos. Presidente Prudente: Toledo Prudente Centro Universitário, 2008. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1646>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

OLIVEIRA, Basílio de. **Direito alimentar e sucessório entre companheiros.** Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões.** 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PRATS, Celso Affonso Garreta Prats. **Sucessão hereditária - Vocações dos colaterais.** 1 ed. São Paulo: Atlas, 1983.

RODRIGUES, Saulo Tarso; BORRALHO, Michelle Matsuura. **A (im) possibilidade da adoção por homossexuais: uma discussão a partir dos fundamentos político-constitucionais do estado democrático de direito e da teoria dos direitos fundamentais.** Tangará da Serra: Gráfica e Editora Sanches Ltda., 2008.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Família e sucessões.** São Paulo: Barros, Fischer e Associados, 2009.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **Diversidade sexual e suas nomenclaturas.** In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion. **União homoafetiva: o fim do preconceito.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

TONI, Cláudia Thomé. **Manual de direitos dos homossexuais.** São Paulo: SRS, 2008.

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

VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VELOSO, Zeno. **Do direito das sucessões.** In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Código civil comentado.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

ANEXO A - EMENTA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº**4.277/DF**

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

SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ENTIDADE FAMILIAR E FAMÍLIA. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia entidade familiar, não pretendeu diferenciá-la da família. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico.

Emprego do fraseado entidade familiar como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados, verbis: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

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

ANEXO B – EMENTA DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378/RS

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAfetivo). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA AQUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ 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. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n.132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo 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. 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada 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". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. 4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição -explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias

formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. 5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. 7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea comum ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. 8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 10. Enquanto o 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 a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. 11. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 1183378 RS 2010/0036663-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 25/10/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2012)