



FACULDADES INTEGRADAS DE PONTA PORÃ

SARA FREITAS MONTEIRO

**OS DIREITOS SUCESSÓRIOS APLICADOS À UNIÃO ESTÁVEL
DE CASAS HOMOAFETIVOS E SEUS REFLEXOS APÓS O
JULGAMENTO DA ADI N. 4.277/2011 - DF**

PONTA PORÃ

2021

SARA FREITAS MONTEIRO

**OS DIREITOS SUCESSÓRIOS APLICADOS À UNIÃO ESTÁVEL
DE CASAIS HOMOAFETIVOS E SEUS REFLEXOS APÓS O
JULGAMENTO DA ADI N. 4.277/2011 - DF**

Trabalho de Conclusão apresentado à Banca Examinadora das Faculdades Integradas de Ponta Porã, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel/Licenciado em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Mauro Alcides Lopes Vargas

PONTA PORÃ

2021

SARA FREITAS MONTEIRO

**OS DIREITOS SUCESSÓRIOS APLICADOS À UNIÃO ESTÁVEL
DE CASAS HOMOAFETIVOS E SEUS REFLEXOS APÓS O
JULGAMENTO DA ADI N. 4.277/2011 - DF**

Trabalho de Conclusão apresentado à Banca Examinadora das Faculdades Integradas de Ponta Porã, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel/Licenciado em Direito.

Orientador (a): Prof. Esp. Mauro Alcides
Lopes Vargas.

Faculdades Integradas de Ponta Porã

Prof^a. Ma. Gianete Paola Butarelli.

Faculdades Integradas de Ponta Porã

Prof. Me. Elvis Assis Amaral.

Faculdades Integradas de Ponta Porã

Ponta Porã - MS ____ de ____ de ____.

Dedico este trabalho ao meu bom Deus, o qual me deu o fôlego de vida e foi meu alicerce durante esta jornada acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Ao meu bom Deus, por esta oportunidade de realizar e concluir a tão almejada graduação em Direito, ainda que Ele seja invisível é real, pois sem Ele jamais teria êxito.

A minha família, e em especial ao meu esposo Adriano, que me incentivou a perseguir este sonho e me formar no Curso de Direito, por ter sido um bálsamo de alegria para que eu não fraquejasse, pelo amor e companheirismo que juntos compartilhamos nesta caminhada e, igualmente por ser Pai e Mãe de nossa filha nos muitos momentos em que me ausentei para estar nos bancos acadêmicos.

Aos meus pais, Levi e Márcia, pelos imensuráveis esforços dispensados a mim ao longo da vida, os quais moldaram meu caráter, e me permitiram fazer essa honrosa escolha acadêmica em minha vida e a minha irmã, Laís, por ir além de meros laços sanguíneos e ser meu ombro amigo em dias sombrios.

Ao Professor Orientador Esp. Mauro Alcides Lopes, que com paciência me orientou e compreendeu todas as dificuldades surgidas no decorrer da elaboração deste trabalho e, de igual modo, pelo ser humano que és, sempre disposto a solucionar as dúvidas dos alunos, por mais singelas que sejam, nos incentivando à reflexões jurídicas e nos motivando a ser Operadores do Direito justos, equânimes e, acima de tudo, humanos.

A todos os demais professores do Curso de Direito da Fip/Magsul que contribuíram para a minha formação, com excelência e maestria inigualáveis, me permitindo evoluir em conhecimentos ao longo destes anos.

Às colegas de turma que fiz ao longo destes cinco anos de graduação, e em especial a minha querida amiga Kelly, a qual juntas compartilhamos dificuldades e alegrias de nossas maternidades durante o Curso de Direito.

A todos, que de uma forma ou outra colaboraram na conquista desta vitória.

Minha eterna gratidão!

Todo conceito que o homem não modifica com sua evolução torna-se um preconceito, e os preconceitos acorrentam as almas à pedra da inércia mental e espiritual.

Wilsiane Santos

Monteiro, Sara Freitas. **Os direitos sucessórios aplicados à união estável de casais homoafetivos e seus reflexos após o julgamento da ADI n. 4.277/2011 – DF.** 55 (cinquenta e cinco) folhas. Trabalho de Conclusão do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Ponta Porã – MS, 2021

RESUMO

A convivência pública entre duas pessoas, com animo de formar uma família, é movida por diversos impulsos emocionais. Decidir compartilhar a vida incide, igualmente, na união dos bens patrimoniais pertencentes a cada indivíduo, bem como àqueles adquiridos na constância dessa junção. Na constância da união é pouco provável que o patrimônio de um dos conviventes será objeto de litígio, entretanto, com a superveniente morte de um dos companheiros, cabe ao sobrevivente requerer sua parcela patrimonial e, para tanto, deverá comprovar a existência de entidade familiar. Nesse momento é necessário, primeiramente, analisar os ditames do regime de casamento aceito pelas partes. Nessa vertente, a questão pode se tornar mais complexa quando se tratar de união estável envolvendo companheiros homoafetivos, os quais foram por séculos marginalizados pela sociedade e esquecidos pelo legislador. A presente pesquisa visa discorrer sobre os direitos sucessórios alcançadas pelos casais homoafetivos, bem como o seu efeito após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/2011 – DF.

Palavras chave: Família; União homoafetiva; Direito Sucessório; Isonomia.

Monteiro, Sara Freitas. **The legal rights applied to the stable union of same-sex couples and their consequences after the judgment of the DUA n. 4.277/2011 – DF.** 55 (cinquenta e cinco) folhas. Trabalho de Conclusão do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Ponta Porã – MS, 2021

ABSTRACT

The public coexistence between two people, with the desire to form a family, is driven by different emotional impulses. Deciding to share life equally affects the union of the property belonging to each individual, as well as those acquired in the course of this union. In the course of the union, it is unlikely that the assets of one of the cohabitants will be subject to litigation, however, with the supervening death of one of the partners, it is up to the survivor to request their equity portion and, for that, must prove the existence of a family entity. At this point, it is necessary, first, to analyze the dictates of the marriage regime accepted by the parties. In this state, the issue can become more complex when it comes to a stable union involving homo-affective partners, who for centuries were marginalized by society and forgotten by the legislator. This research aims to discuss the succession rights achieved by same-sex couples, as well as their effect after the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality n. 4.277/2011 - DF.

Key words: Family; homo-affective union; Inheritance Law; Isonomy

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 – A ORIGEM DAS FAMÍLIAS	14
1.1 FAMÍLIAS PRIMITIVAS	14
1.2 FAMÍLIAS PATRIARCAIS	15
1.2.1 CASAMENTOS ILEGÍTIMOS	17
1.2.2 DIREITO DAS MINORIAS.....	19
1.3 O CASAMENTO FORMAL E A UNIÃO ESTÁVEL	21
1.3.1 ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 878.694 - MINAS GERAIS	23
1.4 DIREITOS SUCESSÓRIOS PÓS MORTEM	26
2 – RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS.....	26
2.1 A HOMOSSEXUALIDADE NA IDADE MÉDIA	27
2.1.2 – O DIREITO, A RELIGIÃO E A FAMÍLIA.....	30
2.2 UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA.....	33
2.3 – OS JULGAMENTOS DA ADPF N. 132/2011 - RJ E DA ADI N. 4.277/2011 - DF37	
3 – A NECESSIDADE DE LEI LOCAL OU FEDERAL QUE VERSE SOBRE O TEMA	44
3.1– JULGAMENTOS DOS TRIBUNAIS APÓS A ADI N. 4.277	46
3.2 – A NECESSIDADE DE INSERÇÃO DE LEIS QUE AMPAREM A UNIÃO HOMOAFETIVA.....	49
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

O tema abordado visa analisar o Direito Sucessório aplicado aos companheiros homoafetivos, bem como seus reflexos após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/2011-DF, pelo Supremo Tribunal Federal.

Questiona-se a aplicabilidade jurídica do entendimento firmado pela Suprema Corte, no julgamento da referida medida judicial, no que tange aos Direitos Sucessórios de casais em união estável homoafetiva.

Em um primeiro momento será exposta a evolução que sofreu o conceito de família ao longo dos séculos, bem como serão mencionadas vertentes religiosas e morais que influenciaram neste desenvolvimento e na concepção de família.

O julgamento da ADI n. 4.277/2011-DF equiparou as uniões estáveis homoafetivas às entidades familiares, porém, antes desse grande passo, muitos entraves sociais e ideológicos foram enfrentados por essa minoria. O surgimento, o desenvolvimento e a consolidação dos casamentos homoafetivos compreende um lapso temporal que se inicia na pré-história e caminha até os dias atuais.

O método utilizado é o hipotético–dedutivo, ele consiste na formulação de problemas, dentre eles, destaca-se: “A ADI 4.277/2011-DF produz efeitos jurídicos concretos aos companheiros homoafetivos?.” Para solucionar este e os demais questionamentos serão suscitadas hipóteses, tais como: “Os casais homoafetivos não gozam da tutela jurídica necessária para atingir a plena isonomia”

A abordagem baseia-se na teórica–dogmática, a partir de análises jurídicas advindas de doutrinas, jurisprudência, artigos e dissertações acadêmicas, bem como almeja - se estabelecer a transdisciplinariedade entre assuntos pertinentes as disciplinas de Direito Constitucional e Direito Civil. Após as diversas pesquisas realizadas ao longo deste ensaio, será verificada a veracidade ou não das hipóteses arguidas.

Acerca das doutrinas utilizadas, destaca-se: “Manual de Direito das Famílias”, escrito por Maria Berenice Dias, o qual traz um estudo

pormenorizado acerca da evolução do conceito e das formas de família, dos primórdios aos dias atuais.

A referida obra também esmiúça os entraves jurídicos encontrados pelos casais homoafetivos, tais como conversão da união estável em casamento, adoção e direitos sucessórios. É proposto pela escritora e desembargadora uma verdadeira reflexão acerca do tema, no que tange, principalmente, à isonomia jurídica e a dignidade da pessoa humana.

Procurou-se reproduzir a essência desta obra na presente pesquisa, bem como, atrelada a ela se encontram outras importantes obras que tratam sobre o assunto, tais como: “Manual de Direito Civil”, por Flávio Tartuce, o qual foi de fundamental importância para embasar este estudo no que tange ao entendimento dos tribunais acerca dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Cita-se, igualmente, as obras: “Direito Civil Brasileiro-Direito de Família”, por Carlos Roberto Gonçalves, e “Manual de Direito Civil”, por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Paplona Filho, as quais corroboraram para o entendimento acerca do direito de família e do sucessório.

Além das doutrinas mencionadas, este ensaio contou com pesquisas em artigos publicados pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), os quais trazem uma vertente contemporânea acerca das uniões homoafetivas, bem como seus reflexos na sociedade e na legislação brasileira. Logo, busca-se transmitir neste ensaio os diferentes posicionamentos acerca da isonomia entre casais hetero e homossexuais.

Importante mencionar a inestimável contribuição que teve para este trabalho a dissertação de mestrado realizada pelo Dr. Luciano M. Dias Queiroz, na Universidade Estadual do Norte do Paraná, sob o título: “A Família Homoafetiva e as Lacunas na Legislação: fator de exclusão social, uma responsabilidade do Estado”, a qual, dentre outros assuntos, abordou a necessidade de leis específicas que versem sobre os relacionamentos homoafetivos, como se verá ao longo desta pesquisa.

O trabalho está distribuído em 03 (três) capítulos, no qual o primeiro discorre acerca do conceito e da evolução das entidades familiares ao longo dos séculos. Este desenvolvimento esteve atrelado ao poderio da Igreja, a

qual, por muitos séculos, estabeleceu apenas uma forma de constituição familiar, excluindo as demais.

Destaca-se, igualmente, que as famílias primitivas eram constituídas unicamente com o fim de procriar e com o conseqüente aumento da mão de obra. Logo, notava-se que nos primórdios havia a ausência de vínculos afetivos entre os membros do núcleo familiar, bem como ao homem mais velho era concedido o papel de julgador e sacerdote do lar, concentrando nele o poder de punir e julgar algum membro da família.

Será observado ao longo deste ensaio que a homossexualidade nem sempre foi tida como pecado ou anormalidade, tal como pregava a Santa Inquisição durante a Idade Média, na Grécia antiga era vista como fenômeno natural e inerente a individualidade do ser humano.

O segundo capítulo visa demonstrar que a repressão aos grupos minoritários gerou a eles uma conseqüente marginalização social, e nesta categoria se incluem os homossexuais, os quais se viram forçados a manterem seus relacionamentos homoafetivos às escondidas da sociedade, pois havia o temor da reprovação social e, sobretudo, das torturas promovidas pelos membros eclesiásticos da Igreja, no período da Idade Média, como será analisado.

Procura-se, do mesmo modo, discorrer acerca do surgimento dos relacionamentos homoafetivos, sua trajetória de preconceitos e discriminações, bem como as conquistas contemporâneas no Direito Sucessório. Para corroborar com este entendimento far-se-á a análise da origem, do conteúdo e da eficácia ADI n. 4.277/2011-DF, a qual equipara os relacionamentos homoafetivos às entidades familiares, para todos os efeitos.

O terceiro capítulo deste ensaio visa analisar a aplicabilidade fática da ADI n. 4.277/2011-DF, a partir da análise de decisões judiciais, advindas após o entendimento firmado pela suprema corte nesta ação. Busca-se compreender se aplica-se aos casais homoafetivos, de forma automática, o Princípio de Saisine, ou se eles necessitam recorrer ao judiciário para ver assistido tal direito, mediante o reconhecimento de entidade familiares.

A partir desta análise busca-se verificar a real eficácia da decisão firmada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2011, bem como a

necessidade ou não de leis tanto constitucionais quanto infraconstitucionais que regulamentem o tema.

1 – A ORIGEM DAS FAMÍLIAS

A família é tida como a base de uma sociedade, pois, por meio dela as civilizações se organizavam, estabelecendo - se a cada indivíduo um vínculo existencial. Sob diversos aspectos, vê-se a família como fonte primordial de estruturação da humanidade, dela advêm diretrizes tanto religiosas quanto morais que serão observadas por várias gerações ao longo dos anos (GONÇALVES, 2019).

Os motivos que levam o ser humano a constituir uma família sofreram modificações ao longo dos séculos, sendo que em alguns momentos o objetivo primordial era a perpetuação da espécie, ao passo que em outros momentos históricos era o simples desejo de não estar só (DIAS, 2021).

Em cada geração de famílias é possível observar mudanças significativas no papel de cada membro, em suas relações afetivas e, igualmente, no próprio conceito de família. Dessa forma, é possível dividir, didaticamente, a origem das famílias em: primitivas, patriarcais e contemporâneas (DIAS, 2021).

1.1 FAMÍLIAS PRIMITIVAS

O homem primitivo era um ser que vivia em função da natureza, quando ele resolveu unir-se com outro ser humano de forma duradoura, teve como única finalidade o acasalamento e a conseqüente procriação. Observou - se a mudança gradativa de um homem isolado e hostil para o aculturado e socializado (DIAS, 2021).

As primeiras famílias, conforme ensina a professora Maria Berenice Dias, eram constituídas por uma formação extensiva, ou seja, com o crescente índice de natalidade, eram formadas grandes comunidades rurais. Estas se compunham por vários núcleos familiares, que visavam unicamente à procriação e o conseqüente aumento da mão de obra familiar (DIAS, 2021).

Com o advento da Revolução Industrial, os núcleos inseridos nessa comunidade se viram forçados ao desmembramento, pois, na medida em que a

mulher foi inserida ao mercado de trabalho, ela, seu companheiro e filhos, saíam do campo e habitavam as cidades.

Quando o núcleo familiar saía da comunidade rural, para abrigar - se nas cidades, ele era obrigado a enfrentar um novo estilo de vida, pois já não habitava com um grande número de pessoas, logo, a convivência ficava restrita ao casal e aos filhos (DIAS, 2021).

Observou-se, igualmente, o surgimento dos vínculos afetivos entre os membros do núcleo familiar, pois a convivência nas cidades forçou o casal e a sua prole a frequentarem os espaços delimitados e reduzidos das casas da área urbana, estimulando, dessa forma, expressões de amor e carinho, até então inexistentes ou restritas à celebração do casamento (DIAS, 2021).

1.2 FAMÍLIAS PATRIARCAIS

As famílias patriarcais eram compostas primordialmente pelo homem, o qual era hierarquicamente superior à mulher e aos filhos, os quais deveriam ser gerados na constância do matrimônio. Apenas essa estrutura familiar era reconhecida juridicamente e religiosamente, sendo, dessa forma aceita no ceio social, não se aceitava padrões distintos dessa composição (DIAS, 2021).

Acerca dessa divisão familiar, elucida a Desembargadora Maria Berenice Dias:

A ideologia da família patriarcal converteu-se na ideologia do Estado. Invadiu a liberdade individual impondo restrições às relações de afeto. O Estado elege um modelo de família e o consagra como única forma aceitável de convívio. A lei, através de comandos intimidatórios e punitivos, busca estabelecer paradigmas comportamentais por meio de normas cogentes e imperativas, na esperança de gerar comportamentos alinhados com o padrão moral majoritário. Além disso, na tentativa de desestimular atitudes que se afastem do parâmetro reconhecido como aceitável, nega juridicidade a quem ousa afrontar o que está normatizado. Essa postura nega não só direitos. Nega a existência de fatos. Tudo que surge à margem do modelo eleito como correto não merece regulamentação. A desobediência é condenada à invisibilidade. O transgressor é punido com a exclusão do sistema jurídico (DIAS, 2021, pag. 86).

Logo, nota-se que não havia margem para se discutir a norma imposta e, por consequência, a legislação desse período não foi capaz de acompanhar as evoluções sociais e morais experimentadas pela humanidade.

O liame entre a figura paterna e a materna era a simples coexistência, ou seja, não se casava por motivos afetivos, mas sim por uma conveniência social, com a finalidade de unir bens, adquirir patrimônio, e, por conseguinte, ter representação perante a sociedade (AZEREDO, IBDFAM, 2020).

Nesta vertente, importante se faz mencionar a origem etimológica da palavra família, conforme se observa abaixo:

Muitos estudiosos afirmam que a família como é conhecida atualmente teve sua origem na civilização romana, tomando como ponto de partida o modelo familiar patriarcal hierarquizado. Segundo Engels (1984, p. 61), a origem etimológica da palavra família, vem do latim *famulus*, quer dizer escravo doméstico, e então, família é o conjunto dos escravos pertencentes e dependentes de um chefe ou senhor. Assim era a família greco-romana, formada por um patriarca e seus *famulus*: esposa, filhos, servos livres e escravos. (AZEREDO, IBDFAM, 2020).

Logo, pela origem etimológica da palavra se pode observar que desde os primórdios a existência da família estava vinculada à hierarquia e a submissão a uma figura central, qual seja o homem.

Importante mencionar, que nas famílias antigas, apenas ao homem era concedido o poder econômico, religioso, político e jurisdicional. Portanto, acima dele não havia nenhuma outra autoridade familiar, sendo ele chamado de sacerdote e conduzindo, inclusive, a crença de seu núcleo familiar (AZEREDO, IBDFAM, 2020).

Com o surgimento de novas gerações, ao longo dos séculos, o eixo central do poder familiar sofreu transformações. Foi possível notar essa mudança durante o século XX, o qual foi marcado por grandes evoluções no campo científico e industrial, modificando o papel da mulher na sociedade e, consequentemente, o conceito de família.

Acerca deste tema, bem observa Rodrigo da Cunha Pereira: “Todas essas mudanças trouxeram novos ideais, provocaram um ‘declínio do patriarcalismo’ e lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da dignidade da pessoa humana, hoje

insculpida em quase todas as constituições democráticas” (apud GONÇALVES, 2019, pag.23)

Logo, questões antes nunca debatidas, tais como a Dignidade da Pessoa Humana ou a Isonomia, começaram a se tornar alvo de discussões, bem como objeto de proteção. O constituinte de 1988 evidenciou a necessidade de acolhimento das minorias, conforme se observa abaixo:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) (BRASIL, 1988, art. 227).

Com as mudanças sociais a preocupação com o ser humano ganhou destaque, sendo possível observar, igualmente, que a Carta Magna buscou nivelar o papel do homem e da mulher na sociedade conjugal, afirmando que tanto direitos quanto deveres serão exercidos em igualdade, colocando fim ao poderio marital (GONÇALVES, 2019).

1.2.1 CASAMENTOS ILEGÍTIMOS

Importante se faz mencionar que, por muitos séculos, os relacionamentos extraconjugais ou informais, eram reprimidos com punições tanto morais quanto legais. Há exemplo, se pode citar o Código Civil de 1916, conforme elucida Carlos Roberto Gonçalves:

O Código Civil de 1916 proclamava, no art. 229, que o primeiro e principal efeito do casamento é a criação da família legítima. A família estabelecida fora do casamento era considerada ilegítima e só mencionada em alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, então chamado de concubinato, proibindo-se, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida. (GONÇALVES, 2019, pag. 30).

Por conseguinte, se o chefe de família gerava filhos fora do casamento, estes não detinham de nenhum direito sucessório e se quer eram considerados como pertencentes a sua prole, pois os filhos havidos fora da constância conjugal eram chamados de ilegítimos.

Igualmente, a mulher que mantinha um relacionamento que não fosse formalmente oficializado pela sociedade era marginalizada, não sendo amparada juridicamente em relação à convivência afetiva que tivera, sendo, meramente, denominada de concubina (DIAS, 2021).

O concubinato poderia ser dividido em puro e impuro. O primeiro se referia aos relacionamentos cujas partes não desejam oficializar o ato, não havendo nenhum impedimento moral ou legal, o segundo seriam os relacionamentos aos quais a lei vedava a sua formalização (FERRAZ, IBDFAM, 2008).

Com o advento da Constituição Federal de 1988 muitos avanços na proteção aos direitos extraconjugais foram auferidos. Entretanto, antes de sua promulgação e, igualmente, antes do advento do Código Civil de 2002 os direitos relativos aos conviventes, em relacionamentos fora do casamento, eram regulados por normas distintas das concernentes ao Direito de Família (GONÇALVES, 2019).

A Carta Magna em seu artigo 226 trouxe enorme avanço ao legitimar outras formas de família, tais como a união estável e o núcleo monoparental. Logo, a família legítima não seria apenas a constituída pelo casamento. (STOLZE, 2020)

Vale ressaltar que o termo concubinato é considerado por muitos doutrinadores como sendo depreciativo, conforme se observa:

Essa palavra, com forte carga pejorativa, derivada da expressão latina concubere, significava “dividir o leito”, “dormir com”, ou, conforme jargão popular, caracterizaria a situação da mulher “teúda e manteúda”: “tida e mantida” por um homem (sua amante, amásia, amigada). Toda essa carga de preconceito refletia, sem sombra de dúvidas, a mentalidade de uma época. (STOLZE, 2020, pag.1962)

Paulatinamente a família concubinária foi sendo substituído pelo instituto da união estável, a qual ganhou proteção normativa no Código Civil de 2002. Dessa forma, as expressões companheiro e união estável passaram a ser utilizadas para referenciar uniões informais, porém duradouras e com o fim de constituir uma família (STOLZE, 2020)

Entretanto, importante se faz mencionar que as normas brasileiras não permitem a bigamia, ou uniões distintas da monogamia. Logo, ainda existe no atual Código Civil a definição de concubinato como sendo aquela união ao qual

há impedimento legal para a sua formalização, ao passo que a união estável é uma união em que não há impedimentos legais, mas as partes não desejam a sua formalização (STOLZE, 2020)

Importante equiparação, igualmente, trazida pela Constituição Federal de 1988, conhecida como a Constituição Cidadã, foi à equivalência de direitos da prole, ou seja, igualou - se juridicamente os filhos havidos na constância da sociedade conjugal aos gerados fora dela, conforme se observa:

Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, consubstanciado no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, que assim dispõe: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. O dispositivo em apreço estabelece absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima ou ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que existia no Código Civil de 1916. Hoje, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações (CC, arts. 1.596 a 1.629) (GONÇALVES, 2019, pag. 24).

Portanto, observa - se que as mudanças na estrutura social forçaram o constituinte a legislar conforme a nova realidade, fato que é notado nos diversos artigos da Carta Magna de 1988 e no Código Civil de 2002, o qual reservou um título específico, dentro do Direito de Família, para tratar acerca da união estável (GONÇALVES, 2019).

1.2.2 DIREITO DAS MINORIAS

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 observou - se a consagração de diversos princípios, tais como o da Dignidade da Pessoa Humana e o da Isonomia. Nesta vertente, foi inserido como garantia fundamental o direito de cada ser humano em receber tratamento igual, na medida de suas desigualdades (DIAS, 2021).

Incluem-se no rol dos beneficiários dos diversos direitos constitucionais: mulheres, índios, negros, homossexuais, entre outros grupos, que por diversos fatores, tanto sociais, quanto morais ou econômicos, foram marginalizados e esquecidos por séculos pelo legislador, bem como excluídos do convívio social conforme assevera Maria Berenice Dias:

Constitucionalmente é assegurado tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social. A ideia central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao Direito, pois está ligada à ideia de Justiça. Os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram. Justiça formal identifica-se com igualdade formal: conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Mas não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos. Aspira-se à igualdade material precisamente porque existem desigualdades. Também existe a igualdade como reconhecimento, que significa o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam elas quais forem. Nada mais do que o respeito à diferença. (DIAS, 2021, pag. 71)

Importante mencionar que a inadequada ou tardia normatização acerca dos direitos inerentes às minorias ocorre pela baixa representatividade política desta categoria, pois o legislador, em muitos casos, preocupa-se em editar leis que agradem a maior parte da população, ficando, dessa forma, certos segmentos sociais desamparados (DIAS, 2021).

Após décadas de lutas e clamores sociais, as minorias, que muitas vezes eram excluídas ou marginalizadas pelo legislador, ganharam amparo jurídico. Nesta vertente, é importante mencionar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que protege a todos, sem distinções de origem, cor, raça ou sexo, conforme se observa no trecho abaixo:

(...) o princípio da dignidade da pessoa humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família. (PEREIRA, 2012, pag. 121)

Neste sentido, observa-se, dentre os diversos segmentos de minorias sociais, que o casamento ou a união homoafetiva carece de especial atenção estatal, tendo em vista a real necessidade de reconhecimentos jurídicos destas uniões, conforme se observa:

A Constituição Federal, ao eleger como princípio a liberdade de planejamento familiar e o pluralismo das entidades familiares, sem distinção ou hierarquia, todas merecedoras de proteção estatal, alargou o conceito de família, que não ocorre mais apenas no modelo jurídico do casamento, que se constitui previamente pela celebração, ou na filiação biológica. Também se constitui pela situação de fato, consistente na convivência socioafetiva, no querer recíproco de seus membros nucleares em ser família, de desenvolver um projeto de vida comum,

independentemente de qualquer ato formal de constituição (CARVALHO, 2015, pag. 54).

A Constituição Federal de 1988 protege os direitos relativos aos homossexuais, porém de forma implícita, dessa forma, observa – se a carência de normas que regulem expressamente institutos inerentes às uniões homoafetivas, tais como adoção de filhos, homologação de casamento civil, partilha de bens após o divórcio e os direitos do cônjuge ou companheiro sobrevivente. Importante mencionar, nas palavras de Maria Berenice Dias, que a ausência de legislação específica não equiparasse a inexistência de direitos.

1.3 O CASAMENTO FORMAL E A UNIÃO ESTÁVEL

A origem das famílias esteve atrelada a sua finalidade, qual seja a transmissão de nome e de patrimônio. Dessa forma, costumeiramente, se estabeleceu que a família deveria ser constituída por 02 (duas) pessoas, de sexos diferentes, e a sua prole, sendo essa união denominada de “domus” pelos romanos (GONÇALVES, 2019).

Nessa vertente, definiu – se as diretrizes para a existência fática e jurídica de uma sociedade conjugal, qual seja: o vínculo conjugal, de parentesco e por afinidade. Sendo o primeiro a união entre duas pessoas, o segundo refere – se a sua prole e o terceiro aos parentes não consanguíneos (GONÇALVES, 2019).

Os resquícios da família patriarcal perduram na sociedade brasileira. Importante mencionar que as normas devem caminhar ao mesmo passo que as evoluções sociais, dessa forma, a Constituição Federal de 1988 representou grande avanço na proteção e no reconhecimento das diversas formas de famílias (DIAS, 2021).

A vigente Constituição Federal ampliou a definição de família em relação às normas anteriores que regulamentavam o tema. A partir da análise do texto constitucional pode - se abstrair formas de família diversas das tradicionalmente vigentes, em manifesta adequação constitucional às mudanças sociais, conforme se observa:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para

efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 1988, art. 226, § 1º ao § 4º)

Logo, pela interpretação extensiva do artigo supra, pode-se abstrair a existência de diversas formas de entidades familiares. Sendo elas subdivididas didaticamente da seguinte forma: Monoparental: quando apenas um dos genitores a compõem; Parental ou Anaparental: ocorre a convivência entre parentes e não parentes; Pluriparental ou mosaico: quando se unem diferentes núcleos familiares; Paralela: Oriunda da união estável ou do casamento; Eudemonista: cada indivíduo foca sua vida em busca da felicidade (DIAS, 2011).

Acerca da família eudemonista a desembargadora Maria Berenice Dias traz a seguinte elucidação:

O modelo familiar hoje é o da família eudemonista, no qual cada indivíduo é importante em sua singularidade, tendo o direito de ser feliz em seu contexto, independentemente de sua orientação sexual. Pautar direitos tendo como parâmetro o sexo a quem é destinado nosso afeto é perverso e injusto. A família é muito mais do que a reunião de pessoas com o mesmo sangue. Família é encontro, afeto, companheirismo, é dividir para somar. (DIAS, 2007, pg. 271)

Entretanto, é importante frisar que apesar do texto constitucional reconhecer a existência de outras composições de familiares, o Código Civil de 1916 e de 2002, em alguns aspectos, em matéria de Direito de Família, manteve especial atenção ao casamento Formal em detrimento da União estável, conforme observa Maria Berenice Dias:

Mesmo depois de a Constituição da República ter enlaçado no conceito de entidade familiar várias estruturas de convívio, o Código Civil continua falando em direito de família e trata quase que exclusivamente de uma modalidade de família: a constituída pelo casamento. Precária, singela e inconstitucional a regulamentação da união estável (DIAS, 2021, pag. 14).

Na atual conjuntura social não se pode negligenciar a existência e a formação das diversas formas de família. A união familiar ocorre por vínculos afetivos e tem se sobreposto às formalidades cartorárias. Inúmeras são as famílias formadas após o divórcio de um dos cônjuges, ou unidas sem a intenção de oficializar sua comunhão civilmente (DIAS, 2021).

Vale ressaltar, que após a constitucionalização de modelos diversos ao do casamento, tais como a união estável e a família monoparental, foi estabelecido pelo constituinte uma visão pluralista de entidade familiar em detrimento de um matrimônio sacralizado estabelecido em séculos anteriores (DIAS, 2021).

Nesta vertente, frisa - se que a sociedade passa por constantes transformações, as quais, nem sempre, a norma as conseguirá acompanhar. Portanto, a família contemporânea não pode ser definida por apenas uma única vertente, tendo em vista os diversos tipos de núcleos familiares existentes, bem como sua proteção e reconhecimento não podem ser negligenciadas, tanto por leis, quanto pela jurisprudência (GONCALVES, 2019).

1.3.1 ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 878.694 - MINAS GERAIS

O Recurso Extraordinário n. 878.694 analisou a validade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002. Este outorgava aos companheiros direitos sucessórios distintos dos adquiridos pelos cônjuges em iguais condições, estes regidos pelo artigo 1.829 do CC de 2002, conforme se observa abaixo:

A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. (LEI N. 10.406, de 10/01/2002. Artigo 1.790)

Dessa forma, direitos distintos recebe o cônjuge, casado em regime formal, conforme se verifica:

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais. (LEI N. 10.406, de 10/01/2002. Artigo 1.829)

A análise partiu de um caso concreto, no qual o casal conviveu por 09 (nove) anos em união estável e, após o falecimento do de cujus, que não tinha descendentes nem ascendentes, habilitaram-se na sucessão os herdeiros colaterais, ou seja, 03 (três) irmãos do falecido (AURÉLIO, PLENÁRIO STF. 2017.RE n. 878.694.).

Neste cenário, na união estável, regulada, até então, pelo art. 1.790 do CC/02, a companheira teria direito a divisão da parte disponível juntamente com os irmãos. No entanto, se esta mesma companheira fosse casada em Regime de Comunhão parcial seria a única herdeira da totalidade da parte disponível (AURÉLIO, PLENÁRIO STF. 2017 RE n. 878.694).

As bases do Direito Sucessório visam garantir a continuidade patrimonial, bem como a sua proteção. Esse instituto está atrelado ao conceito de família, bem como suas evoluções ao longo dos anos.

Conforme já abordado acima, a família, em seus primórdios, recebia enorme influência religiosa, logo casamento e família eram tidos como sinônimos. Todas as legislações advindas dessa perspectiva privilegiavam o pátrio poder sobre a esposa e os filhos, bem como restringiam a sentido de família a aquela advinda de casamento formal (AZEREDO, IBDFAM, 2020).

Todavia, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a consagração do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foram reconhecidos três composições familiares: 1 – Casamento, 2- União Estável e 3 – Família Monoparental. A CF/88 reconheceu que a União Estável é uma entidade familiar, mas recomendou que as leis facilitassem sua conversão em casamento, visando garantir maior segurança jurídica nos contratos civilistas (LISITA, IBDFAM, 2021).

Portanto, a facilitação prevista na constituição para a conversão da união estável em casamento é, sobretudo, para garantir maior segurança jurídica às partes. Pois não há documento comprobatório da união de fato, logo há menor segurança para as relações jurídicas empreendidas pelos companheiros, conforme explica o Ministro Roberto Barroso, relator do RE n. 8. 878.694:

É justamente nesse ponto que se pode identificar o motivo pelo qual o texto constitucional optou por facilitar a conversão da união estável em casamento. Entra em cena a questão da segurança jurídica. A união estável depende da verificação

de uma situação de fato. Não há um documento único que a constitua e que sirva de prova definitiva. Consequentemente, para todos os terceiros que se relacionam com os companheiros, e para a sociedade em geral, há um nível menor de segurança. Imagine-se o caso de um particular que deseja adquirir um imóvel de outro, que esteja registrado apenas no nome do vendedor. Não será possível ao comprador, por exemplo, saber se o vendedor vive em união estável, nem se o imóvel foi adquirido onerosamente durante a vigência da referida união, o que poderá gerar futuros riscos de questionamento da operação por parte de eventual companheira. (AURÉLIO, PLENÁRIO STF. 2017RE n. 878.694. pg. 21)

Por conseguinte, no julgamento do RE n. 878.894, o cônjuge foi igualado ao companheiro para fins sucessórios refletindo a essência princípios constitucionais, tais como: Dignidade da Pessoa Humana; Proporcionalidade e o princípio implícito da Vedação ao Retrocesso (AURÉLIO, PLENÁRIO STF. 2017RE n. 878.694).

Acerca do Princípio da Vedação ao Retrocesso, importante elucidação sobre os motivos de seu voto final no relatório do RE n. 878.694, trouxe o Ministro Roberto Barroso:

O princípio não significa, por óbvio, que nenhum passo atrás possa ser dado na proteção de direitos. Isso limitaria excessivamente o exercício da função típica do Poder Legislativo e seria incompatível com o princípio democrático. Todavia, a proibição de retrocesso veda que, diante de uma mesma situação de fato, sejam implementadas involuções desproporcionais na proteção de direitos ou que atinjam o seu núcleo essencial. Pois bem: não há dúvida de que o regime sucessório dos companheiros estabelecido pelo novo Código Civil representou uma involução desproporcional na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que vivem em uniões estáveis (AURÉLIO, PLENÁRIO STF. 2017.RE n. 878.694. pg. 28).

Portanto, da análise de um caso em concreto, a suprema corte decidiu que diante da existência de uma união estável, a superveniente partilha de bens pós morte será regulamentada a luz das normas civilistas aplicadas aos cônjuges casados formalmente. Logo, o RE n. 878.694 - Minas Gerais equiparou, para fins sucessórios, a União Estável ao Casamento formal (AURÉLIO, PLENÁRIO STF. 2017. RE n. 878.694).

1.4 DIREITOS SUCESSÓRIOS PÓS MORTEM

Trata-se de direitos à sucessão patrimonial, que ocorrem após a morte do indivíduo, acerca do tema elucidada Pablo Stolze: “Vale notar, ainda, que existem direitos da personalidade cujo raio de atuação e eficácia projeta-se post mortem. Cuida-se aqui da morte real, como extinção do sopro de vida no ser humano, e não da morte civil (o desterro, por exemplo), que foi proscrita do nosso ordenamento” (STOLZE, 2020, pag. 144).

Nesta vertente a morte pode ser presumida, mediante a ocorrência de um sinistro envolvendo o de cujus, ou com a sua comprovada ausência por determinado lapso temporal. Pode se dar, igualmente, mediante a comoriência, na qual ambos os cônjuges ou companheiros morrem simultaneamente sem existir a possibilidade de se identificar quem faleceu primeiro (STOLZE, 2020).

Importante se faz mencionar o Princípio da Saisine, o qual regula que a abertura sucessória dar-se-á, imediatamente, com a morte do de cujus, a fim de se evitar que o patrimônio fique sem dono, conforme se abstrai da norma civilista: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (LEI N. 10.406, 2002, art. 1.784).

Acerca desse importante instituto para o Direito Sucessório nos ensina Pablo Stolze:

O princípio da “saisine”, portanto, à luz de todo o exposto, pode ser definido como a regra fundamental do Direito Sucessório, pela qual a morte opera a imediata transferência da herança aos seus sucessores legítimos e testamentários. Trata-se, em verdade, de uma ficção jurídica, que pretende impedir que o patrimônio deixado fique sem titular, enquanto se aguarda a transferência definitiva dos bens aos sucessores do falecido. (STOLZE, 2020, pag. 2158)

Portanto, com a morte ocorre a abertura automática da sucessão, a qual independe, num primeiro momento, de manifestação de vontade dos herdeiros, sendo a transmissão um ato simultâneo (STOLZE 2002).

2 – RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS

A união entre pessoas do mesmo sexo ainda encontra diversas barreiras morais e pouca proteção jurídica. Entretanto, é importante destacar

que a vigente constituição estabelece como objetivo fundamental da Republica Federativa do Brasil “Promover o bem todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, art. 3º, IV, 1988)”

Nessa vertente, a norma máxima na sociedade não admite violações de cunho preconceituoso. Igual amparo é encontrado no artigo 5º da CF de 1988, o qual afirma que “todos serão iguais perante a lei (Brasil, art. 5º, IV, 1988).” Logo, é inerente ao texto constitucional a busca em igualar direitos, sem que ocorra a distinção prejudicial às partes interessadas, sejam elas integrantes dos grupos majoritários ou minoritários.

Nesta vertente, discute – se acerca da proteção jurídica aos homossexuais unidos com intuito de formar uma família, pois ao se negligenciar essa realidade fática, seja por inaplicação de leis ou pela inexistência delas, se está violando o texto constitucional e seus princípios, tais como a Dignidade da Pessoa Humana. Sobre a temática, bem reconheceu a desembargadora Maria Berenice Dias, durante voto em julgamento de Apelação Cível, conforme trecho abaixo:

É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. (DIAS, 2005. Apelação Cível nº 70012836755).

Portanto, observa – se que os relacionamentos homoafetivos estão amplamente presentes na sociedade contemporânea, não se podendo omitir ou olvidar – se de aplicar a eles os direitos decorrentes dessa união.

2.1 A HOMOSSEXUALIDADE NA IDADE MÉDIA

A Homossexualidade na Grécia e na Roma antiga era tida como um processo natural do ser humano. Ela era motivada e apreciada socialmente,

não se fazendo distinções entre o heterossexual e o homossexual (DIETER, IBDFAM, 2011).

Especialmente na Grécia as famílias tinham como costume entregar seus filhos, do sexo masculino, quando atingissem certa idade, aos cuidados de homens mais velhos, os quais lhe ensinariam a ser bons indivíduos perante a sociedade e, entre às lições, estava incluído o ato sexual, também denominado de pederastia institucionalizada, conforme ensina Vecchiatti (apud DIETER, IBDFAM, 2011).

Importante mencionar que na Grécia antiga era uma honra para o jovem rapaz ser ensinado pelos sábios guerreiros, tanto que em guerras os homossexuais eram tidos como seres dotados de bravura superior a dos heterossexuais, pois eles lutavam por seu povo e por seu amado, conforme ensina Lasso (apud DIETER, IBDFAM, 2011).

Nessa fase, ocorre uma diferença crucial entre as práticas homossexuais na Grécia e em Roma, ainda que em ambas civilizações a prática era tida como natural. Na primeira tinha-se a liberdade em escolher o parceiro, desde que fosse de boa reputação e livre ao passo que em Roma só era permitido parceiros homossexuais que fossem escravos, conforme explica Spencer (apud DIETER, IBDFAM, 2011).

A Idade Média foi marcada pela forte influência do Cristianismo. O conceito de amor e afeto estava intimamente ligado às concepções trazidas pela igreja, conforme se observa:

Os cristãos dissociaram o amor, separando-o do sexo, sendo o primeiro assunto de Deus e o segundo do Diabo. O amor na Idade Média deveria ser unicamente dirigido a Deus, fora isso o amor nunca era empregado. Amar significava entregar-se a Deus com a alma piedosa e o corpo imaculado (LINS, 2013 pag. 177)

Logo, o amor deveria ser devotado unicamente a Deus, não se admitindo a união entre o amor e o sexo, sendo este segundo considerado algo pecaminoso. O ato sexual na Idade Média possuía, em seus primórdios, como única finalidade a da procriação, em obediência ao mandamento: “crescei e multiplicai – vos”, não se admitindo associar o ato sexual a fonte de prazer Vecchiatti (apud DIETER, IBDFAM, 2011).

Nessa fase, evidência - se, além da discriminação aos relacionamentos homossexuais, grande aversão a qualquer relacionamento que fugisse dos padrões do sagrado matrimônio defendidos pelo Cristianismo, conforme no ensina Vecchiatti:

Ou seja, qualquer ato sexual praticado fora do casamento e, ainda que nele, sem o intuito da procriação, passou a ser condenado por essas religiões, fosse esse ato homo ou heteroafetivo – condenava-se a libertinagem, mas não determinado tipo de amor, sendo que se considerava como libertina qualquer atividade sexual que não visasse unicamente à procriação. Assim, no que tange à classificação judaica, o ato sexual realizado fora do casamento, fosse ou não libertino, passou a ser visto como uma “impureza”, que por isso deveria ser combatida (apud DIETER, IBDFAM, 2011).

Essa era foi marcada pela perseguição a todos aqueles que contrariavam as normas ditadas pela Igreja, isso incluía os homossexuais, os quais foram submetidos a diversas torturas autorizadas pela sociedade e pelo Estado, sob o argumento de serem pecadores, conforme se observa:

Por outro lado, o Direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica. Como se sabe, as condenações dos Tribunais da Santa Inquisição eram cumpridas por agentes do próprio Estado – que também condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o “pecado nefando” que resultou, para alguns, na destruição divina da cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa bíblica (BRITTO, Plenário STF, 2011 RE n.4.277, pag. 201).

Entretanto, com as mudanças sociais e a influência de obras literárias de poetas medievais, os quais retratavam o amor existente entre duas pessoas, começou – se a difundir essa ideia. Dessa forma, o conceito de amor modificou – se de unilateral, entre o indivíduo e Deus, para um afeto recíproco entre pessoas (LINS, pag. 195, 2013).

Conforme já mencionado, o legislador se viu obrigado a adequar a norma às novas relações familiares. Atualmente é aceita a diversidade de famílias, conforme se observa:

A liberdade floresceu na relação familiar e redimensionou o conteúdo da autoridade parental ao consagrar os laços de solidariedade entre pais e filhos, bem como a igualdade entre os cônjuges no exercício conjunto do poder familiar voltada ao melhor interesse do filho.” Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma

união estável hétero ou homossexual ou ainda poliafetiva. Há a liberdade de dissolver o casamento e extinguir a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio. A possibilidade de alteração do regime de bens na vigência do casamento (CC 1.639 § 2.º) sinaliza que a liberdade, cada vez mais, vem marcando as relações familiares (DIAS, 2021, pag. 70).

Portanto, a norma máxima da sociedade brasileira admite a existência de outros laços afetivos, além da família tradicional, qual seja, aquela constituída entre o homem e a mulher com registro em cartório público.

2.1.2 – O DIREITO, A RELIGIÃO E A FAMÍLIA.

É notório que o ordenamento jurídico brasileiro foi positivado, em sua maioria, a partir de preceitos morais, os quais são advindos de dogmas religiosos passados de uma geração à outra. Há exemplo, pode se mencionar, além do Direito de Família, o Direito Penal, no qual muitos institutos foram considerados tipicamente puníveis com base em influencias religiosas e morais, tais como os crimes contra os costumes (BRITTO, Plenário STF, RE n.4.277, 2011).

Importante ressaltar que os dogmas são inquestionáveis, não cabendo contra eles posicionamentos contrários. Logo, eles são uma ameaça ao Estado Democrático de Direito, uma vez que permitem que a religião impere acima das normas e, dessa forma, marginalize o direito de minorias (PEREIRA, IBDFAM, 2019).

O Estado deve promover normas com base na laicidade garantida pela constituição, bem como na correta adequação com a realidade vivenciada pela sociedade. Quando uma religião impera sobre a moral e esta, por conseguinte, influencia as normas de uma sociedade, certamente será privilegiado o direito da maioria em detrimento dos grupos historicamente esquecidos pelo legislador (PEREIRA, IBDFAM, 2019).

A fusão entre direito, religião e família remonta de tempos antigos. Na Roma Antiga o pai, chamado de pater famílias, era o sacerdote responsável por conduzir o culto familiar e cabia a ele determinar o Direito aplicável a cada caso. Logo, os conflitos jurídicos eram dirimidos por ele, com bases religiosas e

dogmáticas impostas aos demais membros (Pachá, X Congresso Nacional do IBDFAM)

As mudanças começaram a ser observadas com a dissociação entre Estado e Igreja, pois esta não mais podia ditar a forma que o Estado deveria agir, conforme se observa:

O afastamento entre Estado e igreja revolucionou os costumes e especialmente os princípios que regem o Direito das Famílias, provocando profundas mudanças no próprio conceito de família. Sobreveio o reconhecimento do pluralismo das entidades familiares, independentemente das normatizações existentes (DIAS, 2011, pag 85).

Entretanto, mesmo se observando evoluções, o Direito de Família manteve – se alheio a essas mudanças, com normas hierarquizadas, matrimonializadas e patriarcais, por muitas gerações. Isso se deve a sua manutenção de forte influência moral e religiosa nas normas que o regulam (DIAS, 2011)

Porém a influencia religiosa ou moral presente no Direito de Família não advém de uma crença espiritual do próprio legislador. Ela é fruto de uma grande engenharia política que visa agradar a maioria ao produzir leis que agradem o grande rebanho. Nessa vertente, grupos minoritários são esquecidos, ou pouco protegidos pelo legislador, sob o pretexto de se manter os bons costumes e proteger a família, conforme observa Dias:

O parlamentar, refugiando-se em preceitos - ou melhor, em preconceitos — religiosos, transforma-se no grande ditador. Prescreve como as pessoas devem agir, impondo pautas de conduta afinadas com a moralidade conservadora. Limita-se a regulamentar institutos socialmente aceitáveis. Com isso, não desagrada o eleitorado e garante sua reeleição. Por este motivo é que restam à margem da lei situações que são alvo do repúdio social ou dizem com as minorias objeto de discriminação. E, perversamente, qualquer agir que se diferencie do parâmetro estabelecido como “normal” sempre foi tido por inexistente (DIAS, 2011, pag. 86).

Importante destacar que, em prol de uma aparente preocupação com a proteção e os bons costumes, muitas arbitrariedades foram cometidas ao longo dos anos. Há exemplo, pode se citar a previsão contida no Código Civil de 1916 para o não reconhecimento jurídico de filhos tidos fora na sociedade conjugal, chamados de ilegítimos (DIAS, 2011).

Com essa discriminação o legislador pretendia evitar a incidência de relacionamentos extraconjugais. Entretanto, criava imensa disparidade de direitos, pois, sem nenhuma responsabilização jurídica, o indivíduo era estimulado a ter vários relacionamentos extraconjugais, bem como vários filhos, pois não havia obrigação patrimonial ou penal (DIAS, 2011).

Grande evolução notou – se com a promulgação da Constituição Federal de 1988, porém ainda persistiam regras incompatíveis com a carta magna no Código Civil de 1916. Apenas com o Código Civil de 2002 que se pode visualizar grande avanço aos Direitos de Famílias, bem como maior adequação entre norma e realidade social (GONÇALVES, 2019).

O Código Civil de 2002 é norteado por importantes princípios constitucionais tais como: Dignidade da Pessoa Humana; Igualdade Jurídica entre cônjuges e companheiros; Igualdade jurídica entre todos os filhos; Paternidade responsável e planejamento familiar; Comunhão plena de vida baseada na afeição e Liberdade de Construir uma comunhão de vida familiar, tanto pelo casamento, quanto pela união estável (GONÇALVES, 2019).

Acerca deste último princípio importante análise nos traz Carlos Roberto Gonçalves:

Tal princípio abrange também a livre decisão do casal no planejamento familiar (CC, art. 1.565), intervindo o Estado apenas para propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito (CF, art. 226, § 7º); a livre aquisição e administração do patrimônio familiar (CC, arts. 1.642 e 1.643) e opção pelo regime de bens mais conveniente (art. 1.639); a liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole (art. 1.634); e a livre conduta, respeitando-se a integridade físico-psíquica e moral dos componentes da família (GONCALVES, 2019, pag. 26).

A liberdade em unir – se conforme laços afetivos esta associada à ideia de união estável, ou seja, é uma comunhão de vida que não esta baseada em um documento escrito, mas apenas na livre vontade das partes em permanecerem juntas (GONCALVES, 2019).

Importante mencionar que a vigente constituição já garantia a existência jurídica da união estável, conforme se observa: “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

(BRASIL,1988, art 226, § 3º).” Sendo que posteriormente, em 2002 ocorreu a normatização civilista que reconheceu de fato a união estável.

Nesta vertente, é importante mencionar que as uniões estáveis, por muitas décadas, não foram reconhecidas juridicamente, ainda que o termo concubinato ou relação adúltera tenha sido moralmente superado. Foi necessário que casos concretos fossem levados à Suprema Corte para que os companheiros pudessem ter os direitos sucessórios equiparados ao dos relacionamentos formais.

Dessa forma, a Suprema Corte adotou posicionamento no sentido de nivelar juridicamente a união estável ao casamento, abstendo – se de normas costumeiras e arcaicas que conduziam o Direito de Família. Pois este é constituído por uma formação cultural e, dessa forma, não pode ficar estático no tempo, mas deve levar em consideração suas finalidades, quais sejam, a procriação, o auxílio mútuo e o compartilhamento da vida íntima (BRITTO PLENÁRIO STF, 2011, RE n.4.277).

Nesse sentido, é importante se fazer novamente a remissão ao Código Civil de 1916, o qual contemplava juridicamente apenas a família tradicional, qual seja, aquela constituída pelo matrimônio heterossexual, sob o qual não se admitia a separação. Situação essa que se modificou com o advento do Estatuto da Mulher Casada, o qual atribuiu certos poderes patrimoniais à mulher, e posteriormente com a possibilidade de divorciar – se, inserido com a Emenda Constitucional n.9 de 1977 (BRITTO PLENÁRIO STF, 2011, RE n.4.277 ,).

2.2 UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

A convivência pública entre duas pessoas, com ânimo de formar uma família, é movida por diversos impulsos emocionais. Decidir compartilhar a vida incide, igualmente, na união dos bens patrimoniais pertencentes a cada indivíduo, bem como àqueles adquiridos na constância dessa junção.

Enquanto perdura a união os bens dificilmente serão objetos de discussões ou litígios. A problemática surge com a separação ou a morte de

um dos cônjuges. Nesse momento é necessário, primeiramente, analisar os ditames do regime de casamento aceito pelas partes.

Nesse íterim, observa-se que a informalidade nas uniões é uma realidade brasileira. As partes unem – se por um longo e ininterrupto período de tempo, consideram – se casadas, entretanto não há registro cartorário desta união (TARTUCE, 2020).

Nesta vertente, surge o instituto da união estável. Esta, inicialmente, não foi protegida juridicamente pelo legislador. Entretanto a jurisprudência atual é pacífica em assegurar aos companheiros os mesmos direitos dos cônjuges em diversos ramos jurídicos, inclusive nos direitos sucessórios, conforme Recurso Extraordinário n. 878.694: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no artigo 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do artigo 1.829 do CC/2002.”

Logo, conforme entendimento da Suprema Corte, os casais em uniões estáveis serão regidos, quanto às sucessões, pelo artigo 1.829 do Código Civil/2002, tornando – se, igualmente, legitimados a suceder. Por conseguinte, esperava – se que parcela das problemáticas que emergiriam após a morte de um dos companheiros seria solucionada (TARTUCE, 2020).

Entretanto, a questão pode se tornar mais complexa quando a união estável for referente aos companheiros homoafetivos. A existência da união de pessoas do mesmo sexo por décadas foi reprimida na sociedade, sendo os conflitos sucessórios advindos dessas uniões dirimidos por normas do Direito Empresarial, ou seja, o casal homoafetivo era tratado como sociedade e não como entidade familiar, conforme ensina Maria Berenice Dias (apud DIAS, IBDFAM, 2009).

Acerca do tema, bem observou o Exmo. Ministro Gilmar Mendes ao fundamentar seu voto na ADI n. 4.277 – DF de 2011:

Relegar as uniões homoafetivas à disciplina da sociedade de fato é não reconhecer essa modificação paradigmática no Direito Civil levada a cabo pela Constituição da República. A categoria da sociedade de fato reflete a realização de um empreendimento conjunto, mas de nota patrimonial, e não afetiva ou emocional. Sociedade de fato é sociedade irregular, regida pelo artigo 987 e seguintes do Código Civil, de vocação empresarial. Sobre o tema, Carvalho de Mendonça afirmava que as sociedades de fato são aquelas afetadas por vícios que

as inquinam de nulidade, e são fulminadas por isso com o decreto de morte (Tratado de direito comercial brasileiro, 2001, p. 152 e 153). Para Rubens Requião, “convém esclarecer que essas entidades – sociedades de fato e sociedades irregulares – não perdem a sua condição de sociedades empresárias” (Curso de direito comercial, 2010, p. 444). Tanto assim que as dissoluções de sociedades de fato são geralmente submetidas à competência dos Juízos cíveis, e não dos Juízos de família. Nada mais descompassado com a essência da união homoafetiva, a revelar o propósito de compartilhamento de vida, e não de obtenção de lucro ou de qualquer outra atividade negocial (MENDES, ADI n. 4.277, 2011, pag. 206 – 207).

Por décadas, os companheiros homoafetivos, que construíam bases econômicas sólidas no seio matrimonial, perdiam seus bens por não haver regulamentação acerca de seus direitos sucessórios.

Essa situação causava enormes injustiças, pois o companheiro sobrevivente não gozava de nenhum direito sucessório, logo os bens que foram adquiridos em conjunto não possuíam proteção jurídica e eram partilhados entre os filhos ou se tornavam herança vacante, conforme elucida a doutrina:

entregava-se o acervo hereditário aos parentes, que não são herdeiros necessários, ocasionando o enriquecimento sem causa dos tios, sobrinhos, que normalmente hostilizavam a opção sexual do *de cuius*, em detrimento de quem dedicou a vida ao companheiro, ajudou a mealhar o patrimônio e se vê sozinho, abandonado e sem nada. (DIAS,2007)

A carta magna era utilizada como pretexto para o exercício de tal disparidade, pois assim prevê: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (...).” (BRASIL, art. 226, § 3º, 1988).

Na mesma vertente era utilizado o Código Civil: art. 1.723. “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” (Lei n. Lei n. 10.406, art. 1723).

Os conceitos tradicionais de família a vinculavam a união entre o homem e a mulher com o fim de constituir uma família. Entretanto, essa definição foi ampliada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa:

Assim sendo, as famílias formadas por pessoas homoafetivas não são menos dignas de proteção do Estado se comparadas

com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. O que se deve levar em consideração é como aquele arranjo familiar deve ser levado em conta e, evidentemente, o vínculo que mais segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil. Assim, se é o casamento civil a forma pela qual o Estado melhor protege a família e se são múltiplos os arranjos familiares reconhecidos pela CF/1988, não será negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos nubentes, 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 e o afeto. Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado tanto pelo STJ quanto pelo STF para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável deve ser utilizado para lhes proporcionar a via do casamento civil, ademais porque a CF determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º) (apud, GONCALVES. 2019. pag. 43).

Portanto, nota – se que a união estável homoafetiva deverá ter os mesmos requisitos da união heterossexual para ser reconhecida juridicamente, quais sejam a convivência pública, contínua e duradoura com o fim de formar uma família, conforme se abstrai do artigo 1.723 do Código Civil de 2002. Nessa vertente, observa o doutrinador Flávio Tartuce:

Desse modo, as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade. A socialidade deve ser aplicada aos institutos de Direito de Família, assim como ocorre com outros ramos do Direito Civil. A título de exemplo, a socialidade pode servir para fundamentar o parentesco civil decorrente da paternidade socioafetiva. Pode servir também para a conclusão de que há outras entidades familiares, caso da união homoafetiva. Isso tudo porque a sociedade muda, a família se altera e o Direito deve acompanhar essas transformações (TARTUCE, 2020, pag. 1767).

Neste sentido, a Suprema Corte reconheceu a existência da união homoafetiva no julgamento da ADIN 4.277. Esta trouxe benefícios e norteou os direitos sucessórios dos companheiros homoafetivos conforme pode – se observar no trecho abaixo extraído do voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade:

A corrente contrária a tal reconhecimento argumenta que o § 3º do artigo 226 da Carta da República remete tão-somente à união estável entre homem e mulher, o que se poderia entender como silêncio eloquente do constituinte no tocante à união entre pessoas de mesmo sexo. Além disso, o artigo 1.723 do Código Civil de 2002 apenas repetiria a redação do

texto constitucional, sem fazer referência à união homoafetiva, a revelar a dupla omissão, o que afastaria do âmbito de incidência da norma a união de pessoas de sexo igual (...). Extraído do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais (...). (MIN. MARCO AURÉLIO, 2011, ADI n: 4.277, pg. 17)

Portando o julgamento da ADI n. 4277 representou importante marco divisório para os direitos inerentes a uniões homoafetivas, tendo em vista que ganharam proteção jurídica e deixaram de ser renegadas ao patamar de simples sociedades empresariais, sem vínculos afetivos, conforme se observa no seguinte trecho retirado do voto do Min. Gilmar Mendes:

A homoafetividade é um fenômeno que se encontra fortemente visível na sociedade. Como salientado pelo requerente, inexistente consenso quanto à causa da atração pelo mesmo sexo, se genética ou se social, mas não se trata de mera escolha. A afetividade direcionada a outrem de gênero igual compõe a individualidade da pessoa, de modo que se torna impossível, sem destruir o ser, exigir o contrário. Insisto: se duas pessoas de igual sexo se unem para a vida afetiva comum, o ato não pode ser lançado a categoria jurídica imprópria. A tutela da situação patrimonial é insuficiente (MENDES, 2011 pag. 207, ADI n. 4.277)

Portanto, como se passará a observar no transcorrer do presente trabalho, o julgamento da ADI n. 4.277 DE 2011, representou grande avanço na proteção dos direitos pertinentes as minorias e em específico aos casais homoafetivos.

2.3 – OS JULGAMENTOS DA ADPF N. 132/2011 - RJ E DA ADI N. 4.277/2011 - DF

Grande marco histórico simbolizou os julgamentos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/2011 – RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/2011 - DF, as quais tiveram seus acordãos publicados em 2011. Elas equipararam os direitos jurídicos dos companheiros homoafetivos aos dos heterossexuais (CONTARINI, IBDFAM, 2021).

Na mesma sessão de julgamento da ADI n 4.277, foi julgado a ADPF n. 132. Esta foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal em 25 de fevereiro de 2008, por Sérgio Cabral, há época Governador do estado do Rio de Janeiro. Na pauta, o governador questionou a validade do indeferimento feito pelo Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado acerca do reconhecimento das uniões homoafetivas (BRITTO, ADPF n. 132. 2011).

Dentre os argumentos utilizados na ADPF/ RJ, defendeu – se uma interpretação conforme a constituição ao artigo 1.723 do Código Civil de 2002, que assim estabelece: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (Lei nº 10.406, art. 1.723, 2002)”

Desta forma, assim foi proposto na ADPF:

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 (BRITTO, pag. 5, ADPF n. 132. 2011).

Igualmente, o Governador questionou a violação a princípios constitucionais tais como a Isonomia, Liberdade, Autonomia da Vontade, Dignidade de Pessoa Humana, dentre outros. Ao final foi feito pedido subsidiário de conversão da ADPF em ADI, caso aquela não fosse aceita. De fato, o SFT, converteu o pedido e realizou a análise da constitucionalidade do Estatuto dos Servidores Cíveis do Rio de Janeiro frente ao artigo 1.723 do CC de 2002 (BRITTO, ADPF n. 132. 2011).

O Ministro relator do acordão, Ayres Britto, destacou que a própria Carta Magna não permite distinções de cunho discriminatório em razão do sexo do indivíduo, conforme se observa:

(...) a Constituição do Brasil proíbe, por modo expresse, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Uma proibição que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, assim como da idade, da cor da pele e da raça, na acepção de que nenhum desses fatores acidentais

ou fortuitos se põe como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja (...) (BRITTO, 2011, ADPF n. 132, pag. 33)

Acerca da questão principal concernente ao mérito, ressaltou o relator que se o casal mantém união contínua, pública e duradoura com o intuito de constituir família, não há óbice para que seja considerado entidade familiar tanto quanto são os companheiros heterossexuais (Britto, ADPF n. 132. 2011).

Nesta vertente, destacou que a família protegida constitucionalmente não é somente a tradicional, formada pelo homem e pela mulher, mas a Carta Magna de 1988 ampliou esse entendimento, amoldando – se a realidade social, conforme se observa:

Tem-se, pois, que a proteção constitucional da família não se deu com o fito de se preservar, por si só, o tradicional modelo biparental, com pai, mãe e filhos. Prova disso é a expressa guarida, no § 4.º do art. 226, das famílias monoparentais, constituídas apenas pelo pai ou pela mãe e pelos descendentes; também não se questiona o reconhecimento, como entidade familiar inteira, dos casais que, por opção ou circunstâncias da vida, não têm filhos. Bem ao contrário, a Constituição de 1988 consagrou a família como instrumento de proteção da dignidade dos seus integrantes e do livre exercício de seus direitos fundamentais, de modo que, independentemente de sua formação – quantitativa ou qualitativa –, serve o instituto como meio de desenvolvimento e garantia da existência livre e autônoma dos seus membros (BRITTO, 2011, ADPF n. 132, pag. 63).

Por fim, o Ministro Ayres Britto entendeu pelo julgamento procedente do mérito do pedido e pela sua conversão em Ação Direita de Inconstitucionalidade, conforme se observa:

Em outras palavras, conheço da ADPF nº 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo centrado objeto consiste em submeter o art. 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica da “interpretação conforme à Constituição”. O que vem reprisado na ADI nº 4.277-DF, proposta, conforme dito, pela Exma. Sra. Vice- Procuradora Geral da República, Débora Duprat, no exercício do cargo de Procurador Geral, e a mim redistribuída por prevenção (Britto, 2011, ADPF n. 132., pag. 20).

Logo, o objeto principal da ADPF n. 132 – RJ foi o mesmo objeto da ADI n. 4.277 – DF, fato que justificou o julgamento em conjunto de ambas, tendo em vista que elas visam à mesma finalidade, qual seja, a interpretação conforme a constituição do artigo 1.723 do CC de 2001.

Salienta – se que a ADPF n. 132 foi convertida em ADI e julgada na ADI n. 4.277, conforme mencionou o relator: “Em outras palavras, conheço da ADPF nº 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo centrado objeto consiste em submeter o art. 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica da “interpretação conforme à Constituição” (BRITTO, 2011, STF, pag. 17, ADI n. 4.277)

. Igualmente, destaca - se que a ADI n. 4.277, advém da conversão da ADPF 178. Conforme se abstrai de sua ementa:

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. (BRITTO, 2011, pag. 1, ADI n. 4.277)

É possível observar, na relatoria do voto do Exmo. Min. Ayres Britto, a defesa à liberdade sexual. Primeiramente por que a própria constituição silenciou acerca de como cada indivíduo utilizaria seus órgãos sexuais e, num segundo momento, por que tal omissão significa respeito às escolhas feitas por cada pessoa em sua vida íntima (BRITTO, 2011.SFT, ADI n. 4.277.).

Conforme fundamentação contida no voto do Exmo. Min. Gilmar Mendes ao se violar ou omitir direitos aos casais homoafetivos se está, igualmente, infringindo diversos princípios e garantias constitucionais, quais sejam:

(...) os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, caput); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, §2º). (MENDES, 2011, ADI n. 4.277, pag.169)

Nesse sentido, entende o Ministro, que o exercício da liberdade fundamental do ser humano esta entrelaçada ao seu direito ao livre desenvolvimento sexual e afetivo, o qual formará sua personalidade. Cabe ao Estado proteger esse individuo contra atos preconceituosos que o limitam de expressar sua vontade em estar unido a uma pessoa do mesmo sexo (MENDES, 2011, ADI n. 4.277).

A matéria julgada na ADI n. 4.277 é pertinente a um direito controverso entre os tribunais existentes na unidade da federação. Ora há julgados deferindo direitos jurídicos aos casais do mesmo sexo, ora há indeferimentos. Isso acarreta enorme insegurança jurídica aos casais homoafetivos e, por conseguinte, gera o sentimento de inferiorização, contribuindo para que muitos casais não formalizem suas uniões ou se quer busquem seus direitos jurídicos ou sucessórios com o término do relacionamento (MENDES, 2011, ADI n. 4.277).

Nessa vertente, fez – se de suma importância à interpretação conforme a constituição acerca dos substantivos “homem” e “mulher” contidos no artigo 1.723 do vigente código civil, o qual trata da união estável. Pois ao se delimitar que os companheiros só poderiam ser de sexos diferentes se estaria indo de encontro aos princípios constitucionais implícitos e explícitos (MENDES, 2011, ADI n. 4.277).

Dessa forma, a Carta Magna, norma primaria de um Estado Democrático de Direito, contém diversos direitos e garantias que corroboram para tal entendimento, conforme se observa:

Não há dúvida de que se impõe tal proteção, sobretudo em razão do que dispõe o art. 5º, inciso XLI da Constituição, ao determinar que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Essa garantia e o próprio conteúdo do direito de liberdade de autodesenvolvimento se revelam fundamentos jurídicos adequados e suficientes à proteção da união entre pessoas do mesmo sexo, no sentido de traduzir um desdobramento da liberdade fundamental de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo (MENDES, 2011, pag.170, ADI n. 4.277,).

Insta salientar que embora a Constituição Federal de 1988 não trate de forma expressa acerca dos relacionamentos homoafetivos, ela também não veda a sua existência, dessa forma, tem – se uma lacuna que poderá ser

dirimida pela interpretação analógica e extensiva do conceito de família trazido pelo constituinte, conforme se observa:

A inexistência de expressa vedação constitucional à formação de uma união homoafetiva, a constatação de sua aproximação às características e finalidades das demais formas de entidades familiares e a sua compatibilidade, a priori, com os fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação do desenvolvimento do indivíduo, da segurança jurídica, da igualdade e da vedação à discriminação por sexo e, em sentido mais amplo, por orientação sexual, apontam para a possibilidade de proteção e de reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo no atual estágio de nosso constitucionalismo (MENDES, 2011, pag.179, ADI n. 4.277)

Logo, ao se reconhecer a existência desses direitos, intrinsecamente se está admitindo a possibilidade de protego – los juridicamente. Entretanto, tal proteção tornava – se difícil mediante a lacuna legislativa acerca do tema. Dessa forma, com o intuito de garantir isonomia, igualando os direitos dos casais homoafetivos aos dos heterossexuais, a Suprema Corte, por decisão unanime, estendeu a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil de 2002 para abranger, também, os homossexuais em união estável, que mantenham convivência duradoura, com o fim de constituir família (MENDES, 2011, ADI n. 4.277).

Acerca desse tema, importante observação nos traz Gustavo Zagrebelsky:

As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma (Zagrebelsky, El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia. Trad. de Marina Gascón. 3 a . edição. Edt. Trotta S.A., Madrid, 1999. p. 13). (apud MENDES, 2011, ADI n. 4.277, pag.183).

Por conseguinte, é notório, que em uma sociedade pluralista, cabe ao Estado à proteção e o reconhecimento das minorias existentes e não a intervenção arbitrária e preconceituosa de seus direitos e garantias individuais. Caso contrário, se estaria diante da funcionalização do indivíduo perante a

sociedade, ou seja, o cidadão possuiria posição de subserviência à sociedade e ao Estado, típica característica de países totalitários (MENDES, 2011, ADI n. 4.277,).

Importante destacar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual possui profunda ligação com o tema, conforme observa o Min. Gilmar Mendes:

Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários (MENDES, 2011, ADI n. 4.277, pag.212).

Dessa forma, a suprema corte reconheceu que união homoafetiva deve ser comparada a união estável em todos os seus efeitos, inclusive na facilitação de sua conversão em casamento. Portanto, é aceito na jurisprudência a igualdade de condições jurídicas entre uniões homoafetivas e uniões formais heterossexuais. (TARTUCE, 2020).

Acerca da possibilidade de casamentos homoafetivos, observa Flávio Tartuce: “Ora, de fato, se é possível a conversão da união estável em casamento, também o é o casamento homoafetivo celebrado diretamente, sem que haja união estável prévia. Pensar o contrário representaria um retrocesso, uma volta ao Direito Civil burocratizado dos séculos passados (TARTUCE, 2020, pag. 1808)”

Por fim, com o julgamento da ADI n. 4.277, os casais homoafetivos adquiriram segurança jurídica, que até então lhes era omitida ou vedada. Dessa forma, com o efeito erga omnes da decisão a única interpretação possível de ser feita pelos magistrados diante de um caso concreto é a do reconhecimento de união estável homoafetiva como entidade familiar (TARTUCE. 2020)”

Desse modo, é importante destacar essa aplicação analógica do Direito de Família contido no Código Civil às uniões homoafetivas, conforme se observa:

Art. 1.723 do CC – A união homoafetiva deverá ser reconhecida quando se tratar de uma união pública, contínua e duradoura, estabelecida com objetivo de constituição de família. A menção à distinção de sexos do comando deve ser afastada, como consta da decisão do Supremo Tribunal Federal. Valem os mesmos parâmetros e exemplos apontados na presente obra, quando do estudo da união estável heterossexual. – Art. 1.724 do CC – Os deveres da união estável entre pessoas de sexos distintos servem para a união homoafetiva: lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos. Como há deveres em relação aos filhos, não há qualquer vedação para a adoção homoafetiva. – Art. 1.725 do CC – A união homoafetiva, em regra, está submetida ao regime da comunhão parcial de bens, não havendo necessidade de prova do esforço comum para a aquisição dos bens havidos durante a união. Nos termos da premissa 13 da Edição 50 da ferramenta Jurisprudência em Teses do STJ, “comprovada a existência de união homoafetiva, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento”. Os companheiros homoafetivos podem estabelecer, por força de contrato de convivência, um outro regime para a comunicação dos bens. É plenamente viável juridicamente que os companheiros homoafetivos reconheçam a união por meio de uma escritura pública de união estável. – Art. 1.726 do CC – É possível converter em casamento uma união homoafetiva, nos mesmos moldes da união estável entre pessoas de sexos distintos. Se isso é possível, penso que não há vedação para que o casamento homoafetivo seja celebrado diretamente. Nesse sentido, vejamos o enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil, em 2011: “é possível a conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, observados os requisitos exigidos para a respectiva habilitação” (Enunciado n. 526). (TARTUCE, 2020, pag. 1988 – 1989).

Posto isto, observa – se que não há margem para que o judiciário aplique de forma discriminatória os direitos advindos de uma relação homoafetiva, dentre ele os sucessórios, sob o risco de incorrer em violação ao entendimento da Suprema Corte.

3 – A NECESSIDADE DE LEI LOCAL OU FEDERAL QUE VERSE SOBRE O TEMA

Importante mencionar que ainda perdura uma lacuna legislativa, seja Constitucional ou Infraconstitucional, que verse sobre os direitos sucessórios dos companheiros homoafetivos. Isso facilita análises de cunho subjetivo do julgador. Este, muitas vezes, não se ampara na norma, mas em preceitos morais, religiosos e ideológicos (QUEIROZ. 2012. DISSERTAÇÃO. UENP. CAMPUS JACAREZINHO).

Nesta vertente, o Poder Legislativo não pode se omitir diante da necessidade de normatização das uniões homoafetivas, bem como seus efeitos jurídicos. Ainda que o Judiciário tenha cumprido sua função em tutelar casos concretos, tais como o trazido na ADPF n. 132, não pode o Legislativo manter – se inerte frente a essa temática (QUEIROZ. 2012. DISSERTAÇÃO. UENP. CAMPUS JACAREZINHO).

Pode – se afirmar que diante da inércia do legislador, coube à suprema corte a função de garantir a isonomia e a dignidade da pessoa humana, conforme observa Torres:

Enquanto isso não ocorre, cabe ao Poder Judiciário a árdua tarefa de efetivar esses direitos sob o prisma da alternatividade, já que a inércia do Poder Legislativo, não pode servir de fundamento para se afastar da apreciação de nossos tribunais a pretensão desses —novos sujeitos de direitos, que até então viviam no entorno de uma sociedade cuja principal característica é a totalidade, ou seja, em não reconhecer o outro, o fora da totalidade ou o diferente, aquele subsumido na totalidade, pelo simples fato de não se adequarem em seus arquétipos (apud QUEIROZ. DISSERTAÇÃO. 2012. UENP pag 61. Campus Jacarezinho.).

A Suprema Corte foi alvo de críticas ao proferir seu voto na ADI n. 4.277, dentre elas destaca – se a usurpação de competência ao não respeitar a Separação de Poderes. Entretanto, o Legislativo e em especial o Congresso Nacional não se posicionou acerca do tema, não restando outra alternativa, se não a judicialização da questão (QUEIROZ. 2012. DISSERTAÇÃO. CAMPUS JACAREZINHO).

Nessa vertente, é importante mencionar que o reconhecimento pelo STF das uniões homoafetivas como entidades familiares, não gera automaticamente a proteção jurídica necessária para garantir a isonomia jurídica e, sobretudo, quanto à sucessão após a morte de um dos

companheiros temática (QUEIROZ. 2012. DISSERTAÇÃO. CAMPUS JACAREZINHO.).

Acerca do tema, bem pontuou o Ministro Gilmar Mendes durante seu voto na ADI n. 4.277:

(...) constata-se a ausência de regulamentação normativa específica acerca da união entre pessoas do mesmo sexo e a falta de um modelo institucional mínimo no Brasil, a trazer insegurança jurídica e prejuízos ao reconhecimento de direitos na esfera estatal e no âmbito das relações públicas e privadas. Faltam leis federais e locais que regulamentem satisfatoriamente a matéria e há divergência de posicionamento das administrações públicas dos entes federativos em acolher ou não pedidos administrativos relacionados à concessão de benefícios ou à proteção de interesses (MENDES, 2011. pag. 158 – 159, ADI n. 4.277).

Cita, ainda, o referido Ministro que após a promulgação da vigente Constituição Federal foi possível se observar propostas de diversas leis que versassem sobre a união homoafetivas, bem como suas consequências jurídicas. Entretanto, muitas foram arquivadas e outras estão em tramitação (MENDES, 2011. ADI n. 4.277)

3.1– JULGAMENTOS DOS TRIBUNAIS APÓS A ADI N. 4.277

Dessa forma, como já exposto, não se pode atribuir efeitos jurídicos automáticos aos casais homoafetivos após o julgamento da ADI n. 4.277, e, em especial, o Direito Sucessório, tal como ocorre com as uniões heterossexuais e suas consequências jurídicas. Resta, a essa minoria esquecida pelo legislador, recorrer ao judiciário a fim de ver tutelado o seu direito à sucessão.

Nessa vertente, o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, realiza o chamado ativismo judicial e aplica entendimento já firmado em precedentes para garantir a efetivação de direitos e garantias individuais (QUEIROZ. 2012. DISSERTAÇÃO. UENP. CAMPUS JACAREZINHO.).

Pode – se abstrair, da ementa abaixo transcrita, que houve a necessidade de um casal homoafetivo, no ano de 2017, recorrer ao judiciário para ver cumprido o entendimento da suprema corte na ADI n. 4.277, firmado em 2011, e, dessa forma, prosseguir com a sucessão de bens após o falecimento de um dos companheiros homoafetivos:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUCESSÃO EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011)

2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.

3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. (RE 646721 / RS - RIO GRANDE DO SUL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PLENÁRIO.10/05/2017)

Igualmente se observa no acórdão proferido em Ação Cível, proposta perante 6ª Vara de Família do Estado da Paraíba, o qual aplicou o entendimento da Suprema Corte ao garantir os amplos direitos sucessórios a um casal homoafetivo:

AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA — PROCEDÊNCIA DO PEDIDO — APELAÇÃO CÍVEL — ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL PELOS HERDEIROS DO DE CUJUS — UNIÃO PÚBLICA, NOTÓRIA E DURADOURA — COMPROVAÇÃO — PRESSUPOSTOS ATENDIDOS — RECONHECIMENTO PELO STF DA ENTIDADE FAMILIAR FORMADA POR PESSOAS DO MESMO SEXO —

ENTENDIMENTO DA ADI 4277 E DA ADPF 132 — REQUERIMENTO DE EXCLUSÃO DE RESTRIÇÃO SOBRE ALIENAÇÃO DE BENS EM LITÍGIO — DESBLOQUEIO QUANTO AO BEM HERDADO — INTELIGÊNCIA DO ART 1659 DO CC/2002 — DESNECESSIDADE — MEDIDA QUE VISA RESGUARDAR O PATRIMÔNIO DO FALECIDO — DISCUSSÃO EM SEDE AÇÃO DE INVENTÁRIO — SENTENÇA MANTIDA PARCIALMENTE — PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. (Apelação Cível nº 0060220-93.2014.815.2001 — 6ª Vara de Família da Capital. Relator : João Batista Barbosa, Juiz Convocado para substituir o Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides. Data do acórdão: 11- 07- 2'17)

Da mesma forma, companheiros do mesmo sexo, após o julgamento da ADI n. 4.277 de 2011, tiveram que recorrer ao judiciário para ver garantido seus direitos sucessórios:

AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA — IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO — APELAÇÃO CÍVEL — RECONHECIMENTO PELO STF DA ENTIDADE FAMILIAR FORMADA POR PESSOAS DO MESMO SEXO — ENTENDIMENTO DA ADI 4277 E DA ADPF 132 — UNIÃO PÚBLICA, NOTÓRIA E DURADOURA — COMPROVAÇÃO — PRESSUPOSTOS ATENDIDOS — REFORMA DO DECISUM — PROVIMENTO DO APELO.(Apelação Cível nº 002310-72.2012.815.0031 — Comarca de Alagoa Grande Relator : Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides. Data do acórdão: 18 – 03 – 2014)

Importante destacar que no voto proferido pelo Desembargador Saulo Henriques de Sá e Benevides, na Apelação Cível nº 002310-72.2012.815.0031, é possível observar que houve divergência entre os magistrados no que tange ao reconhecimento da união estável homoafetiva, conforme se observa:

Logo, diferentemente do que decidiu o magistrado a quo, é possível o reconhecimento de união estável de homossexuais, não sendo tal instituto uma exclusividade dos casais heterossexuais. Resta, pois, superada a questão da impossibilidade de se conferir o status de união estável a pessoas do mesmo sexo. (site: conjur.com, pag. 02, Apelação Cível nº 002310-72.2012.815.0031)

Nota – se que ainda existe a necessidade de judicializar a questão a fim de que companheiros do mesmo sexo possam ter garantidos direitos sucessórios, o qual foi reconhecido pela ADI n. 4.277, fazendo – se necessário o protagonismo judicial para que a isonomia jurídica se sobreponha às discriminações e preconceitos (QUEIROZ. 2012. DISSERTAÇÃO. CAMPUS JACAREZINHO).

3.2 – A NECESSIDADE DE INSERÇÃO DE LEIS QUE AMPAREM A UNIÃO HOMOAFETIVA

Faz - se necessário normas expressas que versem sobre os direitos sucessórios dos companheiros homoafetivos, para que dessa forma eles possam usufruir de segurança jurídica, caso sobrevenha o falecimento de um dos conviventes, tal como os companheiros heterossexuais, aos quais aplica – se, automaticamente, o Princípio de Saisine. Acerca desse tema nos ensina Jose Afonso da Silva:

A segurança do direito, como visto, é um valor jurídico que exige a positividade do direito, enquanto a segurança jurídica é já uma garantia que decorre dessa positividade. Assim é que o direito constitucional positivo, traduzido na Constituição, é que define os contornos da segurança jurídica da cidadania. Nos termos da Constituição a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo e num sentido restrito. No primeiro, ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu (apud QUEIROZ. 2012. DISSERTAÇÃO. UENP PAG. 105. CAMPUS JACAREZINHO).

Logo, tem – se que a segurança jurídica consiste na proteção estatal ao indivíduo, bem como na certeza da estabilidade nas decisões. Portanto, essa garantia só poderá advir de normas positivadas que contemplem todos os efeitos jurídicos que possam advir dessa união.

Entretanto, quando não há norma expressa que regulamente o tema, resta ao interessado recorrer ao judiciário. Nessa vertente, o STF assume a posição de guardião da constituição e utiliza o sistema de freios e contrapesos. Este consiste em manter o equilíbrio entre os poderes, ao exercer funções atípicas quando se depara com a omissão do Legislativo (QUEIROZ. 2012. DISSERTAÇÃO. CAMPUS JACAREZINHO).

É importante destacar que o Poder Legislativo trata acerca dos direitos inerentes aos casais do mesmo sexo há vários anos, por meio de projetos de lei enviados por parlamentares, senadores, entre outros. Vê – se, igualmente,

na esfera local algumas leis tais como a Lei n. 5.034/2007, do Estado do Rio de Janeiro, que dentre outras medidas assim preceitua em seu artigo 29, § 8º:

Equiparam-se à condição de companheira ou companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável entre parceiros de sexos diferentes (apud MENDES, 2011, ADI n. 4.277 , pag.163)

Há, ainda, leis que proíbem a discriminação em razão da orientação sexual no estado de São Paulo, Salvador, Belo Horizonte, entre outros. Nota – se que, de forma gradativa, o legislativo estatal tenta se adequar as realidades sociais. Entretanto, as poucas leis ordinárias e decretos existentes não possuem o condão de dirimir as controvérsias acerca do tema no Poder Legislativo (MENDES, 2011, ADI n. 4.277).

Nessa vertente, ressalta – se que a lei, ora citada, n. 5.034/2007, do estado do RJ, foi objeto da ADPF n. 132, a qual foi convertida na ADI n. 4.277 de 2011. Provando – se que apesar da existência de previsão legal no estado do Rio de Janeiro, as controversas legislativas, culminaram na violação desta lei, sendo necessário o protagonismo judicial para resolver o conflito (MENDES, 2011, ADI n. 4.277).

Acerca do tema, bem pontou o Min. Gilmar Mendes: “Por outro lado, é inegável que a ausência de uma regulamentação legislativa minimamente estruturada durante todo esse período implica uma proteção insuficiente aos cidadãos que pretendem resguardar seus direitos fundamentais e aqueles decorrentes de uma união homoafetiva (MENDES, 2011, ADI n.4.277. pag. 164).”

Dessa forma, faz – se necessário que o Legislativo, tanto na esfera local, quanto na federal, produza leis satisfatórias, que criem mecanismos para que o assunto seja, igualmente, objeto de reflexão. Ademais é fundamental que haja o consenso normativo acerca dos direitos jurídicos dos casais homoafetivos, tanto no âmbito do Congresso Nacional, quanto nas Assembleias Legislativas (MENDES, 2011, ADI n. 4.277).

Acerca da lacuna legislativa existente, observa o Min Gilmar Mendes:

É evidente também que aqui nós não estamos a falar apenas da falta de uma disciplina legislativa que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. Nós estamos a

falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional (MENDES, 2011, pag.168, ADI n. 4.277).

Logo, diante da omissão estatal em tratar de forma satisfatória acerca do tema, nota – se que o Estado está deixando de aplicar princípios constitucionais, tais como o da isonomia e o da dignidade da pessoa humana, em detrimento dos direitos e garantias das minorias.

Portanto, não pode o Estado deixar de legislar acerca dos efeitos jurídicos da união estável homoafetiva, tendo em vista que em um Estado Democrático de Direito a orientação sexual é uma liberdade fundamental do cidadão, a qual lhe proporcionará o livre desenvolvimento de sua personalidade (MENDES, 2011, ADI n. 4.277).

Por fim, insta ressaltar, que incube ao estado a proteção dessa liberdade individual. Dessa forma, cabe ao legislativo regular acerca da proteção contra atos preconceituosos ou discriminatórios, tais como os diversos impasses encontrados por casais homoafetivos para que o Estado reconheça sua união estável como entidade familiar e, por conseguinte, aplique as regras do Direito Sucessório, com a superveniente morte de um dos companheiros (MENDES, 2011, ADI n. 4.277).

CONCLUSÃO

As grandes transformações que a humanidade passou ao longo dos séculos nos permitem observar que a homossexualidade na Grécia antiga não era reprimida, mas aceita como fato natural do ser humano. Com o advento da era cristã, e da conseqüente dominação ideológica da Igreja, os grupos homossexuais se tornaram uma minoria que atrapalhava o “ide e multiplicai,” pregado por padres e monarcas, que desejavam aumentar o seu rebanho.

Logo, o que era um fenômeno natural, ou seja a liberdade sexual, tornou-se alvo de preconceitos, discriminações e punições bárbaras, tais como as inquisições realizadas pela Igreja na Idade Média, que culminavam, em sua grande maioria, na morte de indivíduos pertencentes aos grupos minoritários. Estes eram todos aqueles que não seguiam o padrão estipulado pela Igreja.

Notou-se nas décadas seguintes que a homossexualidade continuou a existir, porém às escondidas, pois o medo a Santa Inquisição pairava nas mentes dos súditos que presenciavam muitos serem mortos em fogueiras nas praças públicas, por exemplo.

Com essa herança ideológica e moral, a sociedade foi se transformando e passando por grandes mudanças, tais como a Primeira e a Segunda Guerra Mundial e a Revolução Industrial. Estes episódios foram responsáveis por transformações sociais e culturais, as quais o homem deixou de ser apenas súdito da coroa e começou a pensar em seu bem estar, nascendo o chamando antropocentrismo.

Nesse contexto, timidamente, começou – se a discutir direitos referentes às minorias. Porém, tratar de assuntos pertinentes a grupos com pouca representação no cenário político não chamava a atenção dos legisladores que estavam interessados em agradar a maioria dos eleitores.

Dessa forma, observou – se no cenário político brasileiro muitas propostas de leis que abrangessem os direitos dos casais homossexuais. Entretanto, devido ao desinteresse político pelo assunto ou por ideologias discriminatórias dos parlamentares, os projetos de leis ou propostas de emendas constitucionais eram arquivados.

Nota – se que a Constituição Federal de 1988 é fundada, dentre outros princípios, no da Isonomia e na Dignidade da Pessoa Humana, bem como em direitos individuais, tais como a liberdade religiosa. Dessa forma, os grupos minoritários começaram a requerer perante o Estado o reconhecimento de seus direitos constitucionais.

Nessa vertente, leis locais e decretos foram criados a fim de proteger tais grupos. Em se tratando dos casais homoafetivos, leis no estado da Bahia, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo foram criadas. Entretanto, perduravam controvérsias quanto a sua aplicação, sendo muitas lides levadas aos tribunais que ora julgavam a favor dos direitos homoafetivos, ora em desfavor, causando grande insegurança jurídica.

Nesse interím, os direitos relativos aos casais homoafetivos em união estável ficavam a mercê do Direito Empresarial, ou de outros ramos do direito, mas não eram entendidos como Direito de Família até o julgamento da ADI n. 4.277, a qual deu nova interpretação, com base na Constituição Federal de 1988, para o conceito de união estável.

A Suprema Corte reconheceu que, para todos os efeitos jurídicos, a união estável homoafetiva se equipara à heterossexual. Essa foi uma grande conquista realizada pelos casais em união homoafetiva, os quais passaram a ser considerados entidades familiares, afastando – se a aplicação jurídica pertinente a uma sociedade de fato.

Sabe – se que os entendimentos firmados pelo STF tem efeitos, em regra, erga omnes e devem ser obedecidos pelos tribunais de todas as unidades da federação. Entretanto, nota – se que os casais homoafetivos que desejam ter reconhecidos seus direitos jurídicos ainda necessitam ingressar perante o judiciário para de fato reconhecido e aplicado um direito já conquistado.

Tal fato se deve, sobretudo, pela insuficiência de normas locais e federais que versem de forma satisfatória sobre tema. Logo, se um casal homossexual vive em união estável e sobrevém o infortúnio do falecimento de algum deles, o companheiro sobrevivente terá que ingressar na esfera judicial para ter reconhecida sua união estável homoafetiva como entidade familiar para, posteriormente, equiparar - se ao companheiro heterossexual e concorrer com os herdeiros à sucessão, conforme o caso.

Logo, não se aplica automaticamente o Princípio de Saisine, segundo o qual com a morte abre – se a sucessão, pois com o falecimento do (a) companheiro (a) homoafetivo (a), caberá ao sobrevivente não apenas comprovar a relação de afeto que existia, no âmbito de uma convivência duradoura, mas também invocar precedentes anteriores que garantem o direito sucessórios também aos casais do mesmo sexo.

Em outro viés, se observa que aos casais heterossexuais que vivem em união estável devem apenas comprovar a existência de entidade familiar. Logo, não são forçados a ingressar na esfera judicial para ver seu direito a liberdade sexual garantido, para que posteriormente lhe serem aplicados os institutos do Direito de Família.

O julgamento da ADI n. 4.277 representou grande avanço ao reconhecimento das minorias, entretanto, ainda há muito a ser evoluído no campo político e legislativo acerca do tema. Apesar da exponencial proteção jurisdicional aos casais homoafetivos, não se pode afirmar que existe a plena isonomia de direitos, tendo em vista os entraves encontrados por eles para garantirem os direitos dessa união.

Nessa vertente, observa Maria Berenice Dias: “(...) Mas não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos. Aspira-se à igualdade material precisamente porque existem desigualdades. Também existe a igualdade como reconhecimento, que significa o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam elas quais forem. Nada mais do que o respeito à diferença (Dias. pag. 71, 2021) .”

Portanto, conclui – se que somente com políticas públicas que incentivem a sociedade a promover a inclusão de grupos minoritários, bem como leis que regulamentem de fato essa inclusão de forma automática é que será conquistada a verdadeira isonomia garantida pela Carta Magna.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal . Recurso Extraordinário 878.694 /MG. 2017. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644> . Acesso em 20/09/2021;
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal . Recurso Extraordinário 4.277/DF. 2011. Relator: Min. AYRES BRITTO. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 26/09/2021;
- CARVALHO, Dimas Messias de, Direito das famílias, 4ª. Ed. Ver., atual., e ampl, São Paulo: Saraiva, 2015;
- DIAS, Maria Berenice. Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011;
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. São Paulo: RT, 2007;
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direitos das Famílias. 14ª edição. rev. ampl. e atual. Editora Juspodivn. Salvador, 2021;
- DIAS, Maria Berenice. Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011;
- Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 6. Direito de Família. 16ª edição. São Paulo. Editora: Saraiva Educação. 2019;
- LINS, Regina Navarro. O livro do Amor I: Pré-história à Renascença. Rio de Janeiro: Bestseller, 2013;
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Princípios fundamentais norteadores do direito de família, 2ªed. São Paulo: Saraiva,2012;
- SPENCER, Colin. Homossexualidade: uma história. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 1999;
- Stolze, Pablo ; Pamplona Filho, Rodolfo Manual de direito civil – volume único / Pablo Stolze; Rodolfo Pamplona Filho. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020;
- TORRES, Aimberê Francisco. O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à adoção por parceiros do mesmo sexo. Dissertação (Mestrado em

Ciência Política). Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2008;

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da Homoafetividade. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivo. São Paulo: Método, 2008

<https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1610/O+conceito+de+fam%C3%ADlia:+origem+e+evolu%C3%A7%C3%A3o>. O conceito de família: origem e evolução. Autor Christiane Torres de Azeredo. Acesso em: 17/09/2021;

Site:<https://ibdfam.org.br/artigos/1730/Uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+em+brev es+considera%C3%A7%C3%B5es+jur%C3%ADdicas>. União estável em breves considerações jurídicas. Autor Kelly Lisita. Advogada. Membro da Comissão de Direito de Família e Sucessões da OAB GO. Acesso em: 18/09/2021;

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18/09/2021;

Site:<https://ibdfam.org.br/artigos/470/O+Concubinato+e+uma+perspectiva+de+i nclus%C3%A3o+constitucional>. O Concubinato e uma perspectiva de inclusão constitucional. Acesso em: 20/09/2021;

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. LEI N º 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil. Acesso em: 20/09/2021;

Site: <http://www.ibdfam.org.br> (Apelação Cível Nº 70012836755, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 21/12/2005) Acesso em: 23/09/2021;

Site:https://ibdfam.org.br/_img/artigos/As%20ra%C3%ADzes%20hist%C3%B3ri cas%2012_04_2012.pdf .) Acesso em: 25/09/2021;

LASSO, Pablo. Antropologia cultural e homossexualidade..., Homossexualidade – Ciência e consciência. apud BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Parcerias homossexuais – aspectos jurídicos. 1.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002;

Site:<https://ibdfam.org.br/artigos/1330/Por+um+Estado+laico:+misturar+Direito+e+religi%C3%A3o+sempre+gerou+injusti%C3%A7as>. Autor: Rodrigo da Cunha Pereira. Data de publicação: 22/04/2019. Acesso em: 27/09/2021;

Site: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/261.pdf>. Autora: Andréa Pachá. X Congresso Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de família (IBDFAM);

Site: <https://ibdfam.org.br/artigos/518/As+Uni%C3%B5es+Homoafetivas+na+Justi%C3%A7a>. Autora: Maria Berenice Dias. Acesso em: 27/09/2021;

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 27/09/2021;

Site: <https://ibdfam.org.br/artigos/1668/Dez+anos+do+julgamento+conjunto+da+ADPF+132+e+ADI+4277.+Como+anda+a+aplica%C3%A7%C3%A3o+do+direito+o+%C3%A0+busca+da+felicidade+no+direito+de+fam%C3%ADlia+pelo+STF%3F>. Autor: Gabriel Gomes Contarini. Publicado em 23 – 03 – 2021. Acesso em: 28/09/2021;

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. ADPF n. 132. Autor: Ministro Ayres Britto. 2011. Rio de Janeiro. Acesso em: 28/09/2021;

Site: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Casamento+Homoafetivo>. Acesso em: 28/09/2021;

Site: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/2502-luciano-marcelo-dias-queiroz-a/file>. Dissertação de Mestrado, autor: LUCIANO MARCELO DIAS QUEIROZ. UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADA Campus Jacarezinho. 2012. Acesso em: 29/09/2021;

<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;re:2017-05-10;646721-4100069>. Acesso em: 06/10/2021;

Site: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-reconhece-uniao-estavel-pos.pdf>. (Apelação Cível nº 002310-72.2012.815.0031 — Comarca de Alagoa Grande Relator : Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides. Data do acórdão: 18 – 03 – 2014). Acesso em: 06/10/2021;

Site: <http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/2017/7/13/111d21b5-c067-4859-9a12-a01e1634f9a7.pdf>. (Apelação Cível nº 0060220-93.2014.815.2001 — 6ª Vara de Família da Capital. Relator : João Batista Barbosa, Juiz Convocado para substituir o Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides. Data do acórdão: 11- 07- 2'17). Acesso em: 06/10/2021.