

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA  
CURSO DE DIREITO**

*Associação Educativa Evangélica*  
**BIBLIOTECA**

**NÁBIO COELHO AMARAL**

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E SEU REFLEXO NO  
DIREITO SUCESSÓRIO**

**RUBIATABA - GO  
2011**



**FOLHA DE APROVAÇÃO**

Associação Educativa Evangélica  
BIBLIOTECA

**NÁBIO COELHO AMARAL**

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E SEU REFLEXO NO DIREITO  
SUCESSÓRIO**

**COMISSÃO JULGADORA**

**MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA  
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

RESULTADO: \_\_\_\_\_

Orientador: \_\_\_\_\_

Jaqueline José Silva Oliveira

Mestra em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento (Área de  
Concentração Mercado Ambiental)

1º Examinador: \_\_\_\_\_

Wilson Luiz da Silva

Especialista em Docência Universitária, Direito Civil e Processo Civil

2º Examinador: \_\_\_\_\_

Marilda Ferreira Machado Leal

Especialista em Direito Público

**RUBIATABA, 2011.**

## DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho a minha mãe, Balbina Rodrigues Coelho e às minhas irmãs Dinair da Silva Coelho e Nabiane Coelho Amaral, pelo incentivo, pelo amor, pela confiança e dedicação a mim. E que indubitavelmente me deram força para galgar os obstáculos os quais encontrei ao longo da minha caminhada pela vasta estrada da vida.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, o Pai criador, por todas as bênçãos e alegrias derramadas no jardim da minha existência e por me dar forças, todas as vezes que me senti fraco.

Agradeço também a minha mãe e as minhas duas irmãs por me mostrarem o verdadeiro significado do amor e da família na vida de um homem, por completarem todas as lacunas da minha vida e acreditarem em mim.

À minha orientadora professora Mestre Jaqueline José Silva Oliveira pela paciência e dedicação durante as orientações.

Eu não poderia deixar de estender os meus agradecimentos a todos àqueles que confiaram em mim e em suas orações pediram a Deus que iluminasse o meu caminho e me guiasse por onde eu estivesse.

*"Homem nenhum está acima da Lei, e nenhum abaixo dela; e nem pedimos a permissão de homem nenhum, quando dele exigimos que a ela obedeça".*

*(Theodore Roosevelt)*

**RESUMO:** o presente trabalho tem por objetivo analisar a união estável homoafetiva dando ênfase às suas conseqüências jurídicas no direito sucessório. Nota-se que a união estável homoafetiva após seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal passou a adotar o mesmo patamar jurídico da união estável heterossexual. Sua caracterização deve estar pautada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição familiar, como preceitua o artigo 1.723 do Código Civil brasileiro de 2002. Já o artigo 1.790 conferiu ao companheiro o direito de participar da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, estipulando algumas condições para essa participação. No entanto, há algumas ponderações que devem ser feitas sobre o referido artigo, pois ele não disciplinou os casos em que o companheiro irá concorrer com descendentes exclusivos e comuns, há uma divergência entre o caput e o inciso IV, pois o caput disciplina que “a companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável [...]”. Já o inciso IV reza: “não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”.

**Palavras Chaves:** união estável homoafetiva, bens, companheiro, sucessão, direito.

**ABSTRACT:** The present work aims to analyze the stable homoafetivas emphasizing the legal consequences in law of succession. Note that the stable homoafetivas after its recognition by the Supreme Court began to adopt the same legal level of stable heterosexual. Characterization must be based on public coexistence, continuous and lasting, established with the goal of family constitution, as provided in Article 1.723 of the Brazilian Civil Code of 2002. Since 1790 the article gave the fellow the right to participate in the succession of each other as to property acquired during the marriage onerously stable, stipulating certain conditions for such participation. However, there are some considerations that should be done about that article, because he did not discipline cases in which the partner will compete with unique and common descent, there is a discrepancy between the heading and section IV, because the subject heading "the partner or partner will participate in the succession of the other, as to the assets acquired against payment in the presence of stable [...]". Already in Item IV reads: "there is no family successors, shall be entitled to the entire inheritance."

**Keywords:** stable homoafetivas, goods, partner, inheritance law.

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| INTRODUÇÃO.....   | 9  |
| 1. HOMOSSEXUALIDADE .....   | 12 |
| 1.1 Breve histórico acerca da homossexualidade .....  | 12 |
| 1.2 Conceito de família.....  | 13 |
| 1.3. Caracterização da união estável homoafetiva .....  | 16 |
| 1.4. Ação de reconhecimento de união estável .....  | 22 |
| 2. DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA .....  | 25 |
| 2.1 Conceito .....  | 25 |
| 2.2. Espécies de Sucessão.....  | 26 |
| 2.3 Abertura da sucessão .....  | 29 |
| 2.4. Direito sucessório do companheiro.....   | 30 |
| 3. REGIME DE BENS APLICADOS À UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA.....                                      | 38 |
| 3.1. Do regime da comunhão parcial de bens .....  | 42 |
| 3.2. O Regime de separação de bens e a união estável entre idosos.....                            | 45 |
| 4. APLICABILIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS REFERENTES À<br>UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA ..... | 50 |
| 4.1 Breve classificação das normas constitucionais quanto a sua eficácia<br>jurídica .....        | 50 |
| 4.2. Da aplicabilidade das normas jurídicas referentes à união estável<br>homoafetiva .....       | 53 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS.....   | 60 |
| REFERÊNCIAS .....   | 62 |
| ANEXOS.....   | 65 |

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo geral analisar a união estável homoafetiva, dando ênfase as suas consequências jurídicas no direito sucessório. Nos últimos tempos, o número de pares homoafetivos cresceu significativamente, passando a gerar vários litígios na seara jurídica. No entanto, não há nenhuma lei específica que regulamente a união entre pessoas do mesmo sexo, e por sua grande repercussão no mundo jurídico frente à inércia legislativa, o Supremo Tribunal Federal se manifestou a respeito do assunto e conferiu aos companheiros homoafetivos os mesmos direitos e deveres que os companheiros heterossexuais, reconhecendo assim a união estável homoafetiva.

Já no que tange aos objetivos específicos o presente trabalho busca: apresentar a evolução do conceito de família em relação à união homoafetiva e a caracterização da união estável entre homossexuais; identificar os reflexos gerados no direito sucessório em decorrência da união homoafetiva; analisar qual o regime de bens é aplicado na união estável homoafetiva e demonstrar a aplicabilidade das normas jurídicas ao caso concreto.

Assim, a problemática se instaura em relação aos reflexos gerados pela união estável homoafetiva no direito sucessório? Haja vista que, após a morte de um dos companheiros homoafetivos, o sobrevivente passa por grandes problemas envolvendo a sucessão, temendo perder para a família do falecido todo o patrimônio que ajudou a construir.

A justificativa se dá com a grande mudança nos costumes e o aumento frequente do homossexualismo, e conseqüentemente o surgimento de uma nova figura familiar, a família homoafetiva, que encontra respaldo em vários princípios constitucionais. Com isso deve a lei proteger os direitos advindos dessa união, pois o poder legislativo não pode se calar frente às mudanças ocorridas nessa sociedade dinâmica. Não se pode olvidar que essa nova tendência familiar afeta todos os ramos do direito, inclusive o direito sucessório.

O primeiro capítulo inicia-se com um breve histórico sobre a homossexualidade, passando a trazer o atual conceito de família, demonstrando como é caracterizada a união estável homoafetiva e encerra-se ponderando sobre a ação de reconhecimento de união estável. Já o segundo capítulo traz a questão do direito sucessório dentro da união estável homoafetiva, as espécies de sucessão, o momento da abertura da sucessão e especificamente o direito sucessório do companheiro.

Já o terceiro capítulo descreve qual o regime de bens aplicado à união estável homoafetiva, dando ênfase ao regime da Comunhão Parcial de Bens, visto que, conforme preceitua o artigo 1.725 do Código Civil brasileiro de 2002, é ele o regime aplicado à união estável sempre que não houver contrato entre os companheiros estipulando o contrário e por fim qual o regime de bens aplicado à união estável homoafetiva entre sexagenários.

O quarto e último capítulo, demonstra a aplicabilidade e eficácia das normas jurídicas referentes à união estável homoafetiva, iniciando-se com uma breve classificação das normas constitucionais quanto a sua eficácia jurídica, e após essa breve classificação, inicia-se um estudo sobre a aplicação das normas jurídicas referentes à essa união. Para esse estudo fez-se necessária a transcrição de alguns julgados dos principais Tribunais do país.

Para a confecção do presente trabalho foi utilizada pesquisas bibliográficas em doutrinas, revistas, em textos retirados da internet e na legislação brasileira referente à união estável.

De acordo com os ensinamentos de Silva (2001, p. 38), a pesquisa bibliográfica “é aquela baseada na análise da literatura já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas, imprensa escrita e até eletronicamente, disponibilizada na Internet”.

Foi utilizado como alicerce para a pesquisa o método Hipotético-Dedutivo, conceituado por Lakatos;Marconi (2001, p. 95) como: “o método que parte de um

problema, ao qual se oferecesse uma espécie de solução provisória, uma teoria-tentativa, passando-se depois a criticar a solução, com vista à eliminação do erro”.

A monografia desenvolvida foi a de compilação, onde foi feito um exame do pensamento de vários autores sobre o tema escolhido. Nesse sentido Neto<sup>1</sup>, afirma que a monografia de compilação:

Consiste na exposição do pensamento dos vários autores que escreveram sobre o tema escolhido. O estudante tem de demonstrar que examinou o maior número possível de obras publicadas sobre o assunto versado, sendo capaz de organizar as várias opiniões, antepô-las logicamente, quando se apresentam antagônicas, harmonizar os pontos de vista existentes na mesma direção, enfim, tem de ser capaz de apresentar um panorama das várias posições, de maneira clara e didática. Deve, também, o estudante dar sua opinião sobre os pontos relevantes, bem como suas conclusões. Para ser adequado deve partir de uma bem elaborada pesquisa. Na área jurídica esse trabalho é comum.

O risco mais evidente no ato de compilar é o da necessidade de se pesquisar o maior número possível de obras publicadas sobre o assunto em questão. O pesquisador precisa ter em mãos, para posterior utilização, a maior quantidade possível de textos publicados sobre o tema escolhido. Na área jurídica existe ainda outra peculiaridade no que diz respeito aos trabalhos voltados à jurisprudência.

Também foi realizada na monografia, a citação do pensamento de vários autores que já escreveram sobre o tema abordado. Além da análise dessas ideias, de forma crítica e construtiva.

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<<http://ucneto1.dominiotemporario.com/doc/Aula-03-29-03-11.pdf>>>. Acessado em 30/03/2011.

# 1. HOMOSSEXUALIDADE

## 1.1 Breve histórico acerca da homossexualidade

A homossexualidade acompanha a história desde o início da humanidade. Sendo explicada e interpretada de várias formas. No entanto, este termo só foi utilizado em 1869 pelo médico húngaro Karoly Benkert, como demonstra Brandão<sup>2</sup> (APUD FILHO;MADRID, 2002, p.15):

O termo homossexual foi utilizado pela primeira vez em 1869, pelo médico húngaro Karoly Benkert, que aplicou o referido termo em uma carta enviada ao Ministério da Justiça da Alemanha do Norte, em defesa de homens homossexuais que estavam sendo perseguidos por questões políticas. A palavra é formada pela raiz da palavra grega "homo", que significa "semelhante" ou "igual", e pela palavra "sexual" da palavra latina "sexus" que vem a ser "sexo", na qual pode-se concluir que "homossexual" seja "sexualidade semelhante".

Nesse mesmo sentido, Dias (2000, p. 31) esclarece que a palavra homossexualidade "exprime tanto a idéia de semelhante, igual, análogo, ou seja, homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa almeja ter, como também significa a sexualidade exercida com uma pessoa do mesmo sexo.

A homossexualidade por muitos anos foi considerada uma doença, sendo prevista no Código Internacional de Doenças. Anteriormente era tratada por "homossexualismo", em que o sufixo "ismo" traria uma idéia de doença. Como demonstra Filho e Madrid<sup>3</sup>:

---

<sup>2</sup> Apud Filho;Madrid. Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1645/1568> Acessado em: 10/05/2011.

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1645/1568>>. Acessado em 10/05/2011.

A medicina e a psicanálise durante muito tempo consideraram a homossexualidade como doença, tanto que era tratada por "homossexualismo" em que o sufixo "ismo" conferia a idéia de doença, sendo, dessa forma, tratado como tal. Em 1975, foi inserido na Classificação Internacional das Doenças – CID, como sendo um transtorno sexual. Em 1985, a Organização Mundial de Saúde – OMS publicou Circular, informando que o "homossexualismo" deixava de ser uma doença, passando a ser considerado um desajustamento comportamental. Mas foi em 1995, que o "homossexualismo" deixou de ser considerado um distúrbio psicossocial e conseqüentemente deixou de constar no CID, sendo substituído o sufixo "ismo" pelo sufixo "dade", que passou a significar "modo de ser".

A homossexualidade sempre esteve presente na sociedade, tendo relatos de sua existência desde as civilizações mais antigas, como a grega e a romana. Na sociedade grega a relação entre homens era comum e aceita, já em Roma não era reprovada, mas possuía algumas regras.

Na sociedade contemporânea, a homossexualidade passou a ser considerada como uma opção sexual, já sendo vista com menos preconceito e discriminação. Alcançando proteção jurídica no direito de família.

No entanto, existe algumas indagações acerca da união homoafetiva ter a capacidade de constituir família. Para a melhor compreensão sobre o assunto, é necessário compreender o conceito atual de família.

## **1.2 Conceito de família**

O conceito de família sofreu muitas mudanças no decorrer do tempo, quebrando vários preconceitos e adquirindo formas que jamais poderiam ser imaginadas antes. A princípio a família era vista como uma entidade formada pelo casamento entre um homem e uma mulher e seus futuros filhos.

Atualmente como ensina Venosa (2007, p.02):

Importa considerar a família em conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse, sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidades ou afins. Nessa compreensão inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar. Nesse particular, a Constituição Federal estendeu sua tutela inclusive para a entidade familiar formada por apenas um dos pais e seus descendentes, a denominada família monoparental, conforme disposto no § 4º do art.226: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes."

Entende-se que vários fatores contribuíram com as mudanças ocorridas na família ao longo dos anos, fazendo com que aquele conceito patriarcal fosse se miscigenando até se tornar completamente diferente.

A sociedade vive em constante mudança fazendo com que em pouco tempo vários paradigmas e concepções se tornem inoportunos e caiam em desuso, pois o que hoje é abominável para a sociedade, amanhã poderá ser aceito e tido como normal. Um grande exemplo disso é o adultério, que antes era considerado como crime e agora é visto como uma prática amoral e não mais como um ilícito penal.

A família também passa por essas mudanças sociais e pela quebra de valores culturais. Há algumas décadas era inadmissível imaginar uma família composta por uma mulher e seus filhos, visto que a mulher possuía apenas a capacidade laboral do lar. Na sociedade contemporânea são comuns as famílias constituídas pela mãe e seus filhos. Sendo essa forma de família regulada pela própria Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, § 4º: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes." São as denominadas famílias monoparentais.

Seguindo esse mesmo raciocínio elucidada Ferreira Filho (1989, p.314):

A Constituição ainda vê na família a base da sociedade. No direito anterior, esta família era a constituída pelo casamento, e, até a Emenda n. 9/77, de vínculo indissolúvel. No direito vigente, não só se apegou a indissolubilidade do vínculo como se equiparou a ela a união estável entre homem e mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Portanto, o atual conceito de família fez surgir na sociedade muitas "formas" familiares, como: a família informal, constituída pela união estável; a família parental ou anaparental, que nos dizeres de Dias (2010, p. 48) "é constituída pela convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar"; Pluriparental, como ensina Dias (2007, p.47) "a especificidade decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum"; homoafetivas, constituídas pela união estável entre pessoas do mesmo sexo, dentre outras.

No mesmo sentido esclarece Girardi (2005, p.31):

Não há mais como se ignorar que várias são hoje as formas de se viver e realizar em família, tanto que nova codificação civil em vigor desde janeiro de 2003, com base nos novos valores constitucionais, prescreve o reconhecimento jurídico da pluralidade e liberdade quanto à organização familiar, assegurando tutela à família matrimonializada, à união estável com ou sem filhos e às famílias monoparentais, formados estas por um ascendente e filhos.

Como ficou demonstrado acima, a união homoafetiva é constituída pela união estável entre pessoas do mesmo sexo. Mas ainda é necessário entender como se caracteriza essa união. Por esse motivo será demonstrado a seguir como é caracterizada a união estável homoafetiva.

### 1.3. Caracterização da união estável homoafetiva

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o Estado passou a reconhecer a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, dispondo em seu artigo 226, §3º que: “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”.

De acordo com os ensinamentos de Dias (2005, p.45):

Pluralizou-se o conceito de família, que não mais se identifica pela celebração do matrimônio. Não há como afirmar que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, ao mencionar a união estável formada entre um homem e uma mulher, reconheceu somente essa convivência como digna da proteção do Estado. O que existe é uma simples recomendação em transformá-la em casamento. Em nenhum momento foi dito que não existem entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Exigir a diferenciação de sexos no casal para haver a proteção do Estado é fazer “distinção odiosa” (SUANNES, 1999, p. 32), postura nitidamente discriminatória que contraria o princípio da igualdade, ignorando a existência da vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo. A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal (art. 1º, III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Posteriormente com a promulgação do Código Civil de 2002 o legislador reforçou o disposto no artigo 226, §3º da carta magna, mencionando os requisitos básicos para o reconhecimento da união estável. Tais requisitos são mencionados no artigo 1723 do Código Civil de 2002: “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”.

Percebe-se que o dispositivo legal mencionado considera como união estável, a união entre homem e mulher configurada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição familiar.

Para melhor compreensão é necessário entender o que Esclarece Venosa (2010, p. 43 e 44) de forma detalhada a cerca de alguns requisitos que devem estar presentes na união estável:

Do ponto de vista legal, podemos enumerar os elementos constitutivos do concubinato no direito pátrio:

Se levarmos em consideração o texto constitucional, nele está presente o requisito da estabilidade na união entre homem e mulher. Não é qualquer relacionamento fugaz e transitório que constitui a união protegida; não podem ser definidas como concubinato simples relações sexuais, ainda que reiteradas.

O Legislador deseja proteger as uniões que se apresentam com os elementos norteadores do casamento, tanto que a dicção constitucional determina que o legislador ordinário facilite sua conversão em casamento. Conseqüência dessa estabilidade é a característica de ser duradoura, como menciona o legislador ordinário. Não há como conceituar uma relação concubinária como estável, se não tiver se protraído no tempo. O decurso por um período mais ou menos longo é o retrato dessa estabilidade na relação do casal. A questão do lapso temporal não é absoluta, pois a Constituição Federal não estabeleceu um tempo determinado e sim que deveria haver o animus de constituir família. Sendo assim, apesar da importância do fator tempo para a constatação da união estável, esse fator não é absoluto, pois existem casos em que, independentemente do tempo da união, a entidade familiar fica caracterizada, como, por exemplo, nos casos em que há o nascimento de prole.

Como se pode observar no enunciado acima, um dos requisitos necessários para a caracterização da união estável é a estabilidade da relação, ou seja, ela deve ser duradoura. Não pode ser considerada união estável os relacionamentos rápidos, com envolvimento de poucos meses onde os companheiros se encontram raríssimas vezes e depois de um certo tempo voltam a se encontrar, apenas visando satisfazer sua lascívia sexual.

Compreende-se que há a necessidade de estabilidade na relação, devendo esta se assemelhar aquela adquirida no casamento. Exclui-se, portanto nesse caso,

todas as relações passageiras nas quais não há a vontade nítida de constituição familiar. Embora o lapso temporal seja um forte caracterizador da estabilidade de uma união, ele não é absoluto, havendo a necessidade do *animus* de constituição familiar.

Ainda de acordo com Venosa (2010, p. 43-44) outro requisito citado pela lei é a continuidade da relação, assim elucida o autor:

A continuidade da relação é outro elemento citado pela lei. Trata-se também de complemento da estabilidade. Essa pressupõe que a relação de fato seja contínua, isto é, sem interrupções e sobressaltos. Esse elemento, porém, dependerá muito da prova que apresenta o caso concreto. Nem sempre uma interrupção no relacionamento afastará o conceito de concubinato.

Esse segundo requisito explicado por Venosa é uma complementação do primeiro, pois para que haja a estabilidade é necessário que a relação seja contínua, não devendo ter interrupções longas. Isso porque pequenas interrupções não irão gerar a descaracterização da união estável dependo do caso concreto.

Continuando seus ensinamentos sobre os requisitos necessários à caracterização da união estável, Venosa (2010, p. 43-44) faz alguns comentários sobre a publicidade:

A publicidade é outro elemento da conceituação legal. Ganha realce, portanto, a notoriedade da união. A união de fato que gozará de proteção é aquela na qual o casal se apresenta como se marido e mulher fossem perante a sociedade, situação que se avizinha da posse de estado de casado. A relação clandestina, velada, à socapa, não merece proteção da lei.

Observa-se que a publicidade é um elemento de grande relevância para a caracterização da união estável, pois, o casal deve viver como se fossem marido e mulher. Para Dias (2010, p. 173): "a publicidade denota a notoriedade da relação no meio social frequentado pelos companheiros, objetivando afastar da definição de

entidade familiar as relações menos compromissadas, nas quais os envolvidos não assumem perante a sociedade a condição de “como se casados fossem”.

Por fim Venosa (2010, p. 44), faz alguns comentários sobre um dos principais requisitos elencados por ele para a caracterização da união estável, o objetivo de constituir família, assim explica o autor:

O objetivo de constituição de família é corolário de todos os elementos legais antecedentes. Não é necessário que o casal de fato tenha prole comum, o que se constituiria elemento mais profundo para caracterizar a entidade familiar. Contudo, ainda que sem filhos comuns, a união tutelada é aquela *intuitu familiae*, que se traduz em uma comunhão de vida e de interesses. Sem o objetivo de constituir família, a entidade de fato poderá ser um mero relacionamento afetivo entre os amantes, gerando, no máximo, sociedade de fato em relação a bens adquiridos por esforço efetivo de ambos.

Já Dias (2010, p. 174) explica:

O objetivo de constituição de família é pressuposto de caráter subjetivo. A origem desse requisito está ligada ao fato de que as uniões extramatrimoniais eram proibidas. Ou seja, a intenção do par era casar, tinham por objetivo constituir uma família, o que não ocorria tão só por impedimento legal. Assim, a proibição de formação de uma família matrimonizada é que acabou provocando a valorização dos motivos que levaram os sujeitos a constituir uma nova família.

Portanto, a união estável se caracteriza quando houver a presença dos requisitos acima mencionados. No entanto, o artigo 1724 do Código Civil traz alguns outros requisitos que devem ser obedecidos para a caracterização da união estável, estabelecendo que “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

Outro elemento que deve ser observado é a habitação em comum. No entanto, a Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal já dispunha que “a vida em

comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”. Isso ocorre porque existem uniões duradouras, estáveis e notórias sem haver a coabitação dos companheiros. Como demonstra Venosa (2010, p.48): “o próprio casamento pode conter uma separação material dos cônjuges por motivos de saúde, trabalho, estudo etc. Não se trata, portanto de elemento conclusivo”.

A doutrina também menciona a relação de unicidade do companheiro ou companheira como outro requisito que pode ser levado em consideração para se caracterizar a união estável. Demonstra Venosa (2010, p. 48) que: “a ideia central é no sentido de que a pluralidade de relações pressupõe imoralidade e instabilidade”.

Como explica Dias (2010, p.173):

A lei não imprime à união estável contornos precisos, limitando-se a elencar suas características (CC 1.723): convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família. Preocupa-se em identificar a relação pela presença de elementos de ordem objetiva, ainda que o essencial seja a existência de vínculo de afetividade, ou seja, o desejo de constituir família. O afeto ingressou no mundo jurídico, lá demarcando seu território. Apesar de a lei ter usado o vocábulo público como um dos requisitos para caracterizar a união estável, não se deve interpretá-la nos extremos de sua significação semântica. O que a lei exige, com certeza, é a notoriedade. Há uma diferença de grau, uma vez que tudo que é público é notório, mas nem tudo que é notório é público. A publicidade denota a notoriedade da relação no meio social frequentado pelos companheiros, objetivando afastar a definição de entidade familiar as relações menos compromissadas, nas quais os envolvidos não assumem perante a sociedade a condição de “como se casados fossem”.

Para Dias (2010, p. 174), o grande marco caracterizador da união estável é o afeto. Nesse sentido evidencia Dias a autora:

[...] a união estável inicia de um vínculo afetivo. O envolvimento mútuo acaba transbordando o limite do privado, e as duas pessoas começam a ser identificadas no meio social como um par. Com isso o relacionamento se torna uma unidade. A visibilidade do vínculo o faz ente autônomo merecedor da tutela jurídica como uma entidade. O casal transforma-se em universalidade única que produz efeitos

personais com reflexos de ordem patrimonial. Atenta o direito a essa nova realidade, rotulando-a de união estável. Daí serem a vida em comum e a mútua assistência apontadas como seus elementos caracterizadores. Nada mais do que prova da presença do enlaçamento de vida, do comprometimento recíproco. A exigência de notoriedade, continuidade e durabilidade da relação só serve como meio de comprovar a existência do relacionamento.

Reforçando o entendimento de Dias, que atribui ao afeto, o marco caracterizador da união estável ou até mesmo das novas formas familiares, o Ministro Ricardo Lewandowski<sup>4</sup>, em seu voto oral a respeito da ADPF 132 e ADI 4.277 elucidou de forma brilhante:

Com efeito, a ninguém é dado ignorar – ousou dizer - que estão surgindo, entre nós e em diversos países do mundo, ao lado da tradicional família patriarcal, de base patrimonial e constituída, predominantemente, para os fins de procriação, outras formas de convivência familiar, fundadas no afeto, e nas quais se valoriza, de forma particular, a busca da felicidade, o bem estar, o respeito e o desenvolvimento pessoal de seus integrantes.

Seguindo esse raciocínio, pondera Pereira (1997, p. 43):

O direito privado, em especial o direito privado de família, possui uma vinculação direta e imediata com os valores vigentes e aceitos por uma determinada sociedade em um determinado momento histórico. Talvez, por essa característica peculiar, seja o direito de família o ramo do direito a mais sofrer pressões e a sentir a tensão existente entre o fato social e norma jurídica. Também recai sobre essa área do direito a pretensão de estabelecer e definir legalmente, o que esta fora do dito normatizável, ou seja, o afeto e a sexualidade humana.

Portanto, após a vigência da Carta Magna de 1988 e do Código Civil de 2002, já não se pode negar o amparo jurídico às várias formas familiares as quais têm por princípio maior de sua existência, o afeto entre seus integrantes. Assim, será

---

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-ricardo-lewandowski-uniao.pdf>>. Acessado em 02/06/2011.

considerada como família, todos os núcleos sociais ligados por afeto, com o objetivo de constituição familiar.

Desta forma, a união estável entre pares homoafetivos, sem dúvida alguma é considerada, aos olhos do direito, como uma das novas formas familiares. Principalmente após o seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, que conferiu aos companheiros homoafetivos os mesmos direitos e deveres dos companheiros da união estável heterossexual.

#### **1.4. Ação de reconhecimento de união estável**

A união estável é um fato jurídico que se inicia em um determinado momento, na maioria das vezes, sem que os próprios companheiros a planejem, simplesmente quando percebem já estão vivendo em união estável. Após seu nascimento ela pode perdurar por toda a vida do casal, até que a morte os separe, ou em um determinado momento ser desfeita pela vontade de ambos os companheiros, ou ainda pela vontade unilateral de um deles.

Nesse sentido elucida Dias (2010, p. 189):

A união estável é um fato jurídico que nasce, perdura por um tempo e, muitas vezes, acaba. Constitui-se e se extingue sem a chancela estatal, ao contrário do que ocorre com o casamento. Solvida a união estável, se os conviventes retornam a vida em comum, o arrependimento dispõe dos mesmos efeitos da reconciliação (CC 1.577).

Mesmo possuindo bastante semelhança com o casamento a união estável não deve ser confundida com ele. Isso porque, para que haja a consolidação do casamento é necessário que se tenha um aval do Estado, já na união estável não há a necessidade desse reconhecimento estatal frente à relação entre os companheiros. No entanto, o que pode acontecer é um pedido de reconhecimento

de união estável que confirme que ela realmente existiu e demarque juridicamente quando se iniciou e quando terminou.

A esse respeito pondera Dias (2010, p. 189-190):

Não se pode confundir união estável e casamento. O casamento depende do amém do Estado e o seu fim, do referendo estatal. O divórcio dissolve o casamento e tem eficácia desconstitutiva. Já a ação de reconhecimento de união estável dispõe de carga exclusivamente declaratória. Limita-se a sentença a reconhecer que a relação existiu, fixando o termo inicial e final do reconhecimento. A união estável sove-se da mesma forma que se constitui: sem a interferência do Estado. Assim, rompido o vínculo afetivo, inadequado nominar a ação de dissolução de união estável, pois, quando as partes vão a juízo, a união já está dissolvida. A sentença somente reconhece que a união existiu e identifica o período de convivência em face dos efeitos patrimoniais [...].

Percebe-se que o reconhecimento da união estável proporciona mais segurança jurídica aos pares que vivem nessa condição. O pedido pode ser promovido tanto durante quanto após o final da união por apenas um dos conviventes ou por ambos de forma consensual.

Dessa forma, explica Dias (2010, p. 190):

De modo geral, o companheiro socorre-se da via judicial depois de finda a união, reivindicando algum direito: ou partilha de bens, ou alimentos, ou direitos sucessórios se o vínculo findou pela morte do parceiro. No entanto, podem os companheiros buscar o reconhecimento jurídico da relação, de forma consensual, por meio de justificação judicial ou de ação declaratória para ver reconhecida a união, durante sua vigência.

Ainda evidencia Dias (2010, p. 190):

Quando da união resultaram filhos, indispensável que, na ação de reconhecimento da união, sejam trazidas as questões relativas a

alimentos, guarda de filhos. Se tal é exigida na separação (CPC 1.121), também o é na dissolução da união estável. Neste caso, necessária a realização de audiência conciliatória. Não havendo interesse de filhos menores de idade, para publicizar a dissolução da união nada impede o uso da via extrajudicial, por meio de escritura pública.

Portanto, depois de reconhecida a união estável, caso os companheiros desejem romper seus laços de afeto e convivência, é necessário quando houver prole em comum, que seja utilizada a via judicial para o desfazimento da união, pois, nesse caso já ficará decidido e homologado pelo judiciário todas as questões relativas a alimentos e guarda dos filhos.

Outro fato interessante e de grande relevância quanto a união estável homoafetiva, é a parte referente aos direitos sucessórios, gerados por essa união. Tendo em vista, que o Supremo Tribunal Federal conferiu a ela os mesmos direitos e obrigações dos casais que vivem em união estável heterossexual. Portanto para melhor compreensão, serão expostos no capítulo seguinte os reflexos gerados pela união estável homoafetiva no campo do direito sucessório.

## 2. DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

### 2.1 Conceito

Após o seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 05 de maio de 2011, a união estável homoafetiva, adquiriu o mesmo patamar jurídico da união heterossexual. Fazendo com que, os companheiros homoafetivos, passassem a gozar dos mesmos direitos dos pares heterossexuais. Dentre esses direitos será abordado neste capítulo o direito sucessório gerado pela união estável homoafetiva ou apenas união estável, visto que, já não há mais nenhuma distinção jurídica entre esses dois institutos.

A palavra sucessão traz consigo a idéia de transmissão de bens por meio da morte de outrem. Segundo o dicionário *Proliberam* da Língua Portuguesa sucessão significa “transmissão de um direito ou de bens (operada pelas vias legais)”. Nos dizeres de Fiuza (2002, p. 446):

Sucessão é a continuação de uma pessoa em relação jurídica, que cessou para o sujeito anterior e continua em outro. É a transferência de direitos de uma pessoa para outra. A sucessão, quanto a sua causa, pode ser *inter vivos* ou *causa mortis*.

No entendimento de Diniz (2004, p. 15):

Juridicamente o termo sucessão indica o fato de uma pessoa inserir-se na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém de uma outra pessoa. [...] Na acepção jurídica o vocábulo sucessão apresenta: a) um sentido amplo, aplicando-se a todos os modos derivados de aquisição do domínio, de maneira que indicaria o ato pelo qual alguém sucede a outrem, investindo-se, no todo ou em parte, nos direitos que lhe pertenciam. Trata-se da sucessão *inter vivos*, pois o comprador sucede ao vendedor, o donatário ao doador, tomando uns o lugar dos outros em relação ao bem vendido ou doado; b) um sentido restrito, designando a transferência, total ou

parcial, de herança, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros. É a sucessão *mortis causa* que, no conceito subjetivo, vem a ser o direito em virtude do qual a herança é devolvida a alguém, ou, por outras palavras, é o direito por força do qual alguém recolhe os bens da herança, e, no conceito objetivo, indica a universalidade dos bens do *de cuius* que ficaram, com seus encargos e direitos.

Segundo, Rodrigues (2002, p. 03), o Direito das Sucessões é: “o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores”. Esse conceito é reafirmado por Menezes<sup>5</sup>, que entende o direito das sucessões como:

O ramo do Direito Civil cujas normas regulam a transferência do patrimônio do morto ao herdeiro, em virtude de lei ou de testamento. A palavra sucessão significa substituir uma pessoa por outra, que vai assumir suas obrigações e adquirir seus direitos.

A sucessão é, portanto, a transmissão do patrimônio do falecido a seus sucessores, podendo se dar de várias espécies, como será demonstrado a seguir.

## 2.2. Espécies de Sucessão

Quanto às espécies, a sucessão se classificará tendo como marco divisório, a fonte da qual se deriva e os efeitos que serão causados. Nesse sentido, elucida Diniz (2004, p. 17):

Poder-se-á classificar a sucessão:

1º) Quanto à fonte de que deriva:

- a) A sucessão testamentária, oriunda de testamento válido ou de disposição de última vontade. Todavia, ante o sistema da liberdade de testar limitada, adotado pela lei pátria, se o testador tiver herdeiros necessários, ou seja, cônjuge supérstite, descendentes e ascendentes sucessíveis (CC, arts. 1845 e

---

<sup>5</sup> Disponível em: <http://www.rafaeldemenezes.adv.br/direitosuc/aula1.htm>. Acessado em 20/06/2011.

1.846), só poderá dispor de metade de seus bens (art. 1.789), uma vez que a outra metade constitui a legítima daqueles herdeiros. Assim sendo, o patrimônio do *de cujus* será dividido em duas partes iguais: a legítima ou reserva legitimária que cabe aos herdeiros necessários, a menos que sejam deserdados (CC, art. 1.961), e a porção disponível, da qual pode livremente dispor, feitas as exceções do art. 1.805 do Código Civil, concernentes à incapacidade testamentária passiva.

Como se extrai dos ensinamentos de Diniz, uma das formas de sucessão quanto à fonte da qual se deriva é a testamentária, obtida por meio do ato de última vontade do falecido. No tocante ao testamento, este deverá seguir todas as formalidades legais elencadas no Código Civil de 2002, pois, somente assim ele será considerado válido e poderá surtir efeitos no mundo jurídico. Dentre essas formalidades é necessário ressaltar que se o finado possuir herdeiros necessários, tais quais, cônjuge, descendentes e ascendentes sucessíveis, poderá testar apenas a metade de seu patrimônio, sendo a outra metade reservada a esses herdeiros, ao menos que sejam deserdados. Assim disciplina o artigo 1789 do Código Civil de 2002: "Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança".

Continuando seus ensinamentos sobre a classificação da sucessão quanto à fonte da qual se deriva, Diniz (2004, p. 17) explica que a sucessão ainda pode ser legítima. Destarte, pondera a autora:

A Sucessão Legítima, resultante de lei nos casos de ausência, nulidade, anulabilidade ou caducidade de testamento (CC, arts. 1.786 e 1.788). Deveras, se o *de cujus* não fizer testamento, a sucessão será legítima, passando o patrimônio do falecido às pessoas indicadas pela lei, obedecendo-se à ordem de vocação hereditária (CC, art. 1.829). É o que prescreve o art. 1.788 do Código Civil: "Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo."

Denota-se que, caso o falecido não deixe testamento ou se ele for nulo, anulável ou tenha caducado, a transmissão da herança se dará aos herdeiros legítimos.

Já no tocante aos seus efeitos, Diniz (2004, p. 18) elucida que a sucessão pode ser:

- a) A Título Universal, quando houver transferência da totalidade ou de parte indeterminada da herança, tanto no seu ativo como no passivo, para o herdeiro do *de cuius*. Haverá instituição de herdeiro, se o testador deixar ao beneficiário a totalidade de seu patrimônio, ou uma porção abstrata de seus bens: meação, porção disponível, 1/3, 1/4, 1/5 etc., todos os móveis ou imóveis existentes em certo município etc. O herdeiro é, portanto, chamado a suceder no todo ou numa quota-parte do patrimônio do *de cuius*, sub-rogando-se abstratamente, na posição do falecido, como titular da totalidade ou de parte ideal daquele patrimônio no que concerne ao ativo, e assumindo a responsabilidade relativamente ao passivo.
- b) A Título Singular, quando o testador transfere ao beneficiário apenas objetos certos e determinados, p. ex. uma jóia, um cavalo, uma determinada casa situada na Rua "X" etc. Nessa espécie de sucessão é o legatário que sucede ao *de cuius* em bens ou direitos determinados ou individuados, ou em fração do patrimônio devidamente individuada, sub-rogando-se, de modo concreto, na titularidade jurídica de determinada relação de direito, sem representar o falecido, pois não responde pelas dívidas e encargos da herança, já que sucede apenas *in rem aliquam sigularem*. Portanto, se o testador contemplar alguém com coisa concreta, definida, singularizada, ter-se-á a nomeação de legatário.

Entende-se que ocorrerá a sucessão a título universal, sempre que houver a transferência da totalidade ou parte determinada da herança para o herdeiro do falecido. Já na sucessão a título singular, o testador transmite apenas objetos certos e determinados ao herdeiro, tendo esses objetos a nomenclatura de legado e o herdeiro que o receberá de legatário.

Prosseguindo no estudo sobre a sucessão, é necessário compreender quando se inicia a abertura da sucessão.

## 2.3 Abertura da sucessão

Como se subtrai da doutrina majoritária, a sucessão inicia-se com a morte de alguém, ou seja, no momento em que uma pessoa morre imediatamente se abrirá a sucessão. Comunga esse entendimento Diniz ( 2004, p. 23):

A morte natural é o cerne de todo o direito sucessório, pois só ela determina a abertura da sucessão, uma vez que não se compreende sucessão hereditária sem o óbito do *de cuius*, dado que não há herança de pessoa viva. No momento do falecimento do *de cuius* abre-se a sucessão, transmitindo-se, sem solução de continuidade, a propriedade e posse dos bens do defunto aos seus herdeiros sucessíveis, legítimos ou testamentários, que estejam vivos naquele momento, independentemente de qualquer ato. Essa transmissão é, portanto, automática, operando-se *ipso iure*. A morte é o fato jurídico que transforma em direito aquilo que era, para o herdeiro, mera expectativa; deveras, não há direito adquirido a herança senão após o óbito do *de cuius*.

Na mesma linha de pensamento esclarece de maneira ponderativa Hironaka e Pereira (2007, p.06):

A sucessão considera-se aberta no instante real ou presumido da morte de alguém, fazendo nascer o direito hereditário e operando a substituição do falecido por seus sucessores a título universal nas relações jurídicas em que aquele figurava. Não se confundem, todavia. A morte é antecedente lógico, é pressuposto e causa. A transmissão é conseqüente, é efeito da morte. Por força de ficção legal, coincidem em termos cronológicos, imaginando a lei que o próprio *de cuius* investiu seus herdeiros no domínio e na posse indireta de seu patrimônio, que este não pode restar acéfalo.

De acordo com o princípio de *Saisine*, com a morte do *de cuius* a herança transmite-se imediatamente, em sua totalidade, aos herdeiros. Esclarece Hironaka e Pereira (2007, p. 03):

Pelo princípio da saisine, a lei considera que no momento da morte, o autor da herança transmite seu patrimônio, de forma íntegra, a seus herdeiros. Ora, o direito atual suprimiu da regra a expressão "o domínio e a posse da herança", passando a prever a transferência pura e simples da herança. Mas é óbvio que tal supressão não vai representar diminuição do alcance objetivo do princípio. Vale dizer, o objeto da transmissão continua sendo a herança, que como já se disse, é o patrimônio do defunto, compreendendo todos os direitos que não se extinguem com a morte, sendo dela integrantes bens móveis e imóveis, débitos e créditos.

Como ficou demonstrado, após a morte do *de cuius* será aberta a sucessão e posteriormente, a transferência dos bens do falecido a seus sucessores. Acerca disso, muitas foram as discussões a respeito da sucessão do companheiro na união estável.

#### **2.4. Direito sucessório do companheiro**

A sucessão na união estável é disciplinada pelo artigo 1.790 do Código Civil de 2002. Estipula o referido artigo:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

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.

Observa-se, que o artigo 1.790 do Código Civil de 2002, conferiu ao companheiro o direito de participar da sucessão do outro, referente aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Verifica-se que o referido

dispositivo legal traz as condições de concorrência do companheiro, com os demais sucessores do falecido.

Em análise às condições trazidas pelos incisos do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, salienta Oliveira<sup>6</sup>:

Da leitura dos incisos I e II do artigo 1790 do CC/2002, verifica-se que o companheiro supérstite, quando existir somente filhos comuns, fará jus a uma quota equivalente à que, legalmente, for atribuída a estes filhos e quando existir descendentes só do *de cujus* (filhos ou netos exclusivos) ao direito à metade do que couber a cada um destes descendentes.

Nota-se, que sempre que o companheiro sobrevivente concorrer somente com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que for atribuída a seus filhos. Mas se concorrer com descendentes só do *de cujus* terá direito à metade do que for submetido a estes.

Nesse mesmo ideal ensina Dias (2008, p. 175):

Desse modo, se todos os herdeiros forem filhos do casal, a fração que recebe o companheiro é igual a de seus filhos, uma vez que a herança é dividida por cabeça entre todos: conta-se como se fosse mais um filho. Portanto, se há um só filho, a herança é dividida por dois. Sendo dois filhos, eles recebem dois terços da herança, e o companheiro um terço. O mesmo ocorre se forem três os filhos: cada um recebe uma quarta parte, e assim por diante. A divisão é sempre igual entre os filhos e o seu genitor.

Vale ressaltar que o Código Civil não conferiu ao companheiro, quando concorre com parentes colaterais, o mesmo direito que o cônjuge, de ter garantido no mínimo uma quarta parte da herança. Assim, explica Santos<sup>7</sup>:

---

<sup>6</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_60/Artigos/Art\\_AnaPaula.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_60/Artigos/Art_AnaPaula.htm). Acessado em 27/06/2011

[...] consagra outra notável injustiça. Concorrendo com parentes colaterais, o companheiro receberá apenas um terço da herança. E, destaque-se, um terço dos bens adquiridos durante a relação, pois, quanto aos demais, tocarão somente ao colateral. Assim, um colateral de quarto grau (um único "primo irmão") poderá receber o dobro do que for atribuído ao companheiro de vários anos, se considerados apenas os bens adquiridos durante a relação, ou muito mais do que isso, se houver bens adquiridos em tempo anterior.

Nesse sentido entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ABERTURA DA SUCESSÃO OCORRIDA SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE DA NOVA LEI, NOS TERMOS DO ARTIGO 1.787. HABILITAÇÃO EM AUTOS DE IRMÃO DA FALECIDA. CASO CONCRETO, EM QUE MERECE AFASTADA A SUCESSÃO DO IRMÃO, NÃO INCIDINDO A REGRA PREVISTA NO 1.790, III, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE. Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. Ademais, a própria Constituição Federal não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros, tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil, não podendo, assim, prevalecer a interpretação literal do artigo em questão, sob pena de se incorrer na odiosa diferenciação, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei. (Agravo de Instrumento Nº 70020389284, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 12/09/2007)

Continuando a análise do artigo 1.790 do Código Civil vigente, observa-se uma omissão na lei, que não disciplinou os casos em que o companheiro irá

concorrer com descendentes exclusivos e comuns. Nesse caso, de acordo com os ensinamentos de Diniz (2004, p. 133):

Se o companheiro concorrer com descendentes exclusivos e comuns, ante a omissão da lei, aplicando-se o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que privilegia o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos (CF, art. 227, 6º; CC, arts. 1.596 a 1.629), só importará, na sucessão, o vínculo de filiação com o *auctor successionis* e não o existente com o companheiro sobrevivente, que, por isso, terá, nessa hipótese, direito à metade do que couber a cada um dos descendentes (LICC, art. 5º) do *de cuius*.

A esse respeito entende Cahali e Cardoso (2008, p. 137) que:

Em nosso entender a exegese do art. 1790, concorrendo o sobrevivente com filhos comuns e com outros exclusivos do autor da herança, o critério de divisão deverá ser aquele do inciso I, visto que a situação não se enquadra na hipótese do inciso II, pois expressamente se refere à disputa com descendentes únicos do companheiro falecido. Assim, temos simpatia por esta posição, como outros autores (...), em que pese não se afastar com isso a crítica a técnica da norma, mas com isso intenta-se uma solução ao problema enfrentado. Proporciona-se com essa aplicabilidade a igualdade entre filhos e equilíbrio em relação ao companheiro sobrevivente, de forma a evitar-se um prejuízo ou uma sanção, se reduzido seu quinhão, pelo fato de não ser o genitor dos outros filhos (exclusivos) do falecido proveniente de outro relacionamento.

Ao analisar o *caput* do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, compreende-se que há uma restrição acerca da sucessão do companheiro ou companheira, como se observa: "A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável [...]". Pela redação do referido artigo, o companheiro participará da sucessão do outro apenas no tocante aos bens adquiridos na constância da união estável.

Essa limitação gerou grande injustiça, pois como explica Santos<sup>8</sup>:

---

<sup>8</sup> Disponível em: [http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Luiz\\_Felipe\\_Brasi\\_%20Santos/sucessao.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_Felipe_Brasi_%20Santos/sucessao.pdf)  
Acessado em 27/06/2011

Há grave equívoco aqui, que pode conduzir a situações de injustiça extrema. Basta imaginar a situação de um casal, que conviva há mais de 20 anos, residindo em imóvel de propriedade do varão, adquirido antes do início da relação, e não existindo descendentes nem ascendentes. Vindo a falecer o proprietário do bem, a companheira não terá direito à meação e nada herdará. Assim, não lhe sendo mais reconhecido o direito real de habitação nem o usufruto, restar-lhe-á o caminho do asilo, enquanto o imóvel ficará como herança jacente, tocando ao ente público.

Destarte, se o companheiro ou a companheira, viver por vários anos com o *de cujus*, em um imóvel do falecido adquirido antes do início da união, e ambos não conseguirem adquirir nenhum outro bem no decorrer dessa longa união, o cônjuge sobrevivente ficará desamparado. Nesse caso, mesmo não existindo descendentes e nem ascendentes, o cônjuge supérstite nada herdará, e a herança será considerada jacente<sup>9</sup>, e posteriormente, se transmitirá ao ente público.

Inconformado com essa limitação Veloso (2005, p. 286) se pronuncia e afirma:

Restringir a incidência do direito sucessório do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente pelo *de cujus* na vigência da união estável não tem nenhuma razão, não tem lógica alguma, e quebra todo o sistema, podendo gerar conseqüências extremamente injustas: a companheira de muitos anos de um homem rico, que possuía vários bens à época em que iniciou o relacionamento afetivo, não herdará coisa alguma do companheiro se este não adquiriu outros bens durante o tempo da convivência. Ficará essa mulher – se for pobre – literalmente desamparada, mormente quando o falecido não cuidou de beneficiá-la em testamento.

---

<sup>9</sup> Segundo o artigo 1.819 do Código Civil Pátrio: a herança será jacente sempre que aberta a sucessão, o *de cujus* não houver deixado testamento e nem herdeiro notoriamente conhecido. Os bens da herança, então, serão arrecadados, ficando sob a guarda de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de vacância.

Diga-se que esse impasse gerou grande injustiça se a norma fosse aplicada literalmente ao caso concreto. Como solução para este impasse legislativo Santos<sup>10</sup> pondera:

Para evitar tal situação de flagrante injustiça, creio que a interpretação deverá aproveitar-se de uma antinomia do dispositivo em exame. Ocorre que, enquanto o *caput* do artigo 1.790 diz que o companheiro terá direito de herdar apenas os bens adquiridos no curso do relacionamento, o seu inciso IV dispõe que, não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. Ora, a expressão totalidade da herança não deixa dúvida de que abrange todos os bens deixados, sem a limitação contida no *caput*. Evidente a antinomia entre a cabeça do artigo e seu inciso. Entretanto, uma interpretação construtiva, que objetive fazer acima de tudo justiça, pode extrair daí a solução que evite a injustiça e o absurdo de deixar um companheiro, em dadas situações, no total desamparo. Portanto, não havendo outros herdeiros, o companheiro, por força do claro comando do inciso IV, deverá receber não apenas os bens havidos na constância da relação, mas a totalidade da herança.

Como ficou demonstrado acima há uma divergência entre o *caput* do artigo 1.790 e o seu inciso IV, visto que, o primeiro traz que: “A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável [...]. Já o inciso IV reza: “não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”.

A esse respeito Diniz (2004, pp. 133-134) entende que:

Há quem ache que, na falta de parente sucessível, o companheiro sobrevivente teria direito apenas à totalidade da herança, no que atina aos bens onerosamente adquiridos na vigência da união estável, pois o restante seria do Poder Público, por força do art. 1844 do Código Civil. Se o Município, o Distrito Federal ou a União só é sucessor irregular de pessoa que falece sem deixar herdeiro, como se poderia adquirir que receba parte do acervo hereditário concorrendo com herdeiro, que, no artigo sub examine, seria o companheiro? Na herança vacante configura-se uma situação de fato

<sup>10</sup>

Disponível em: [http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Luiz\\_Felipe\\_Brasi\\_%20Santos/sucessao.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_Felipe_Brasi_%20Santos/sucessao.pdf) Acessado em 27/06/2011

em que ocorre a abertura da sucessão, porém não existe quem se intitule herdeiro. Por não existir herdeiro é que o Poder Público entra como sucessor. Se houver herdeiro, afasta-se o Poder Público da condição de beneficiário dos bens do de cujus, na qualidade de sucessor. Daí o nosso entendimento de que, não havendo parentes sucessíveis receberá a totalidade da herança, no que atina aos adquiridos onerosa e gratuitamente antes ou durante a união estável, recebendo, inclusive, bens particulares do de cujus, que não irão ao Município, Distrito Federal ou à União, por força do disposto no art. 1844, 1ª. Parte, do Código Civil, que é uma norma especial. Isto seria mais justo, pois seria inadmissível a exclusão do companheiro sobrevivente, que possuía laços de afetividade com o de cujus, do direito à totalidade da herança dando prevalência à entidade pública. Se assim não fosse, instaurar-se-ia no sistema jurídico uma lacuna axiológica. Aplicando-se o art. 5º. Da Lei de Introdução ao Código Civil, procura-se a solução mais justa, amparando o companheiro sobrevivente.

Desta forma, quando o *de cujus* não possuir mais nenhum herdeiro, restando apenas o companheiro, este receberá a herança em sua totalidade, e não apenas no tocante aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união. Caso isso não ocorresse, o restante da herança deveria ser declarado vacante<sup>11</sup> e, entraria então, o Poder Público como herdeiro. No entanto, isso iria ferir o disposto no artigo 1.844 do Código Civil, pois segundo o referido artigo o Poder Público só entrará na sucessão caso o *de cujus* não deixe cônjuge ou companheiro, nem parente sucessível ou ainda caso algum deles renuncie a herança. Assim disciplina o artigo 1.844:

Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

Ainda é pertinente ressaltar que outra crítica de grande relevância a ser feita ao direito sucessório, é o fato da lei não ter incluído o companheiro na ordem de vocação hereditária<sup>12</sup>. Assim, disciplina Gama (2005, p. 22):

<sup>11</sup> Conforme Diniz (2004, p133): Na herança vacante configura-se uma situação de fato em que ocorre a abertura da sucessão, porém não existe quem se intitule herdeiro. Por não existir herdeiro é que o Poder Público entra como sucessor.

<sup>12</sup> Como preceitua Gonçalves (2010, p. 51): A ordem de vocação hereditária consiste na relação preferencial pela qual a lei chama determinadas pessoas à sucessão hereditária. O chamamento é feito por classes, sendo que a mais próxima exclui a mais remota.

A maior crítica que deve ser feita ao referido art. 1829 é a de não ter incluído o companheiro na ordem da vocação hereditária, deixando que a matéria fosse disciplinada no art. 1790 do texto codificado, ou seja, em parte completamente distinta daquela que envolve a ordem de chamamento dos herdeiros legítimos; desse modo, revela a permanência (sub-reptícia) de tratamento discriminatório relativamente ao companheirismo. Como já comentou ZENO VELOSO, "numa conclusão que poderia ter sido do Conselheiro Acácio, personagem de Machado de Assis, não devia o art. 1790 estar nas Disposições Gerais porque de disposições gerais não trata. O art. 1790 tinha de ficar no capítulo que regula a ordem de vocação hereditária.

Já analisado os reflexos sucessórios trazidos pela união estável, importante faz-se a compreensão do regime de bens adotado nessa união. Portanto, no capítulo seguinte será discutido qual o regime de bens estipulado pela lei à união estável homoafetiva.

### 3. REGIME DE BENS APLICADO À UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Para melhor compreensão do regime de bens aplicado à união estável homoafetiva, faz-se necessário um breve comentário sob todos os regimes de bens disciplinados no Código Civil de 2002.

Após a união de duas pessoas, baseada no afeto e na comunhão de vida, nascem questões patrimoniais e econômicas entre os conviventes, que são reguladas pelo direito. De acordo com Diniz (2004, p. 145) “a essência das relações econômicas entre os consortes reside, indubitavelmente, no regime matrimonial de bens, que está submetido a normas especiais disciplinadoras de seus efeitos”.

Assim, Diniz (2004, p. 146) conceitua o regime matrimonial de bens como:

o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento. É constituído, portanto, por normas que regem as relações patrimoniais entre marido e mulher, durante o matrimônio. Consiste nas disposições normativas aplicáveis à sociedade conjugal no que concerne aos seus interesses pecuniários.

De forma sintética, vale ressaltar o conceito de Venosa (2010, p. 149), o qual defende ser o regime de bens uma “modalidade de sistema jurídico que rege as relações patrimoniais derivadas do casamento. Esse sistema regula precipuamente a propriedade e administração dos bens trazidos antes do casamento e os adquiridos posteriormente pelos cônjuges”.

O Código Civil de 2002 disciplina o regime de bens em seus artigos 1.639 à 1.688. De acordo com o referido dispositivo legal há quatro regimes que podem ser adotados pelos nubentes: o de Comunhão Parcial de Bens, Comunhão Universal de Bens, Participação Final nos Aquestos e Separação de Bens.

O regime de Comunhão Parcial de Bens, nos dizeres de Rodrigues (2002, p. 178) é o regime que: “basicamente exclui da comunhão os bens que os consortes possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, e que inclui na comunhão os bens adquiridos posteriormente”.

Neste caso, conforme o artigo 1.658 do Código Civil de 2002, no regime de comunhão parcial comunicam-se apenas os bens que o casal adquirir na constância do matrimônio. No entanto, o artigo 1.659 do referido diploma legal prescreve algumas hipóteses de exclusão da comunicabilidade acerca dos bens adquiridos na constância do matrimônio, devido ao seu valor pessoal. Assim normatiza o artigo em comento:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

- I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;
- II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
- III - as obrigações anteriores ao casamento;
- IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
- VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
- VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Já o Regime de Comunhão Universal de Bens é preceituado por Diniz (2004, p. 161), como o regime “pelo qual não só todos os bens presentes ou futuros, adquiridos antes ou depois do matrimônio, mas também as dívidas passivas tornam-se comuns, constituindo uma só massa”.

Para Dias (2010, p. 239), com regime da Comunhão Universal de bens “ocorre uma fusão entre os acervos trazidos para o matrimônio por qualquer dos nubentes, formando uma única universalidade, à qual se agrega tudo o que for adquirido, na constância do enlace conjugal, por qualquer dos cônjuges, a título oneroso, por doação ou herança”.

Mesmo sendo a comunhão a regra, o atual Código Civil, elenca em seu artigo 1.668 algumas exceções a essa comunicação pelo aspecto personalíssimo de tais bens. Desta forma disciplina o mencionado artigo:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

- I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;
- II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
- III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
- IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
- V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Vale ressaltar que os bens referidos no inciso V a VII do artigo 1.659 do Código Civil, são os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão, os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge e as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Outro regime de bens prescrito no Código Civil pátrio é o Regime de Participação Final nos Aquestos, elucidado por Diniz (2004, p. 167), como regime em que “há formação de massas de bens particulares incomunicáveis durante o casamento, mas que se tornam comuns no momento da dissolução do matrimônio”.

Ainda de acordo com o entendimento de Diniz<sup>13</sup>, esse regime matrimonial será útil a cônjuges que exerçam atividade empresarial ou que tenham considerável patrimônio ao convolarem as núpcias, dando-lhes maior liberdade de ação no mundo negocial.

Como disciplina o artigo 1.674 do Código Civil de 2002, com a dissolução da sociedade conjugal irá se apurar o montante dos aquestos, excluindo da soma dos patrimônios próprios, os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se

---

<sup>13</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 5: Direito de Família. 19ª, São Paulo: Saraiva 2004.

sub-rogam, os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade e as dívidas relativas a esses bens.

De maneira detalhada, Dias (2010, pp. 241, 242) ensina que:

Quando da separação, cada cônjuge ficará com a totalidade de seus bens particulares adquiridos antes do casamento; com a metade dos bens comuns, adquiridos em condomínio, por ambos, durante o matrimônio; com os bens próprios adquiridos durante o enlace; e, mais fará jus à metade da diferença do valor dos bens que o outro adquiriu no próprio nome, na constância do vínculo conjugal. Com a dissolução do casamento, surge uma universalidade comunicável dos bens comuns e outras duas constituídas dos bens próprios de cada um dos consortes. Os bens comuns serão divididos. Apurados os haveres próprios de cada um, não serão alvo de divisão, mas de compensação. Quando houver diferença de valores dos bens próprios, a reposição ao cônjuge não proprietário será feita em dinheiro. Na ausência de numerário, poderão ser alienados bens mediante autorização judicial.

E por último o Código Civil preceitua o Regime de Separação de Bens. De acordo com Gonçalves (2010, p. 149), “nesse regime, cada cônjuge conserva a plena propriedade, a integral administração e a fruição de seus próprios bens, podendo aliená-los e gravá-los de ônus real livremente, sejam móveis ou imóveis”.

Diante do exposto, observa-se que no regime da Separação de Bens não há nenhuma forma de comunicabilidade de bens entre os cônjuges, existindo assim, nos dizeres de Diniz (2004, p. 172) “dois patrimônios perfeitamente separados e distintos”.

Dentre os quatro regimes mencionados acima, o Código Civil brasileiro adotou o Regime da Comunhão Parcial para regular a relação patrimonial dos bens advindos da união estável. É importante dizer que após o seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 05 de maio de 2011, a união estável homoafetiva, se equiparou à heterossexual, não havendo mais nenhuma distinção quanto às normas que disciplinam esse instituto.

Portanto, de acordo com o artigo 1.725 do Código Civil de 2002: "Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".

### 3.1. Do regime da comunhão parcial de bens

Como foi abordado anteriormente no Regime da Comunhão Parcial de Bens comunicam apenas os bens adquiridos após a união. Destarte, de forma clara e objetiva prescreve o artigo 1.660 do Código Civil os bens que se comunicam através da união:

Art. 1.660. Entram na comunhão:

- I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;
- II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;
- III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;
- IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;
- V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

Além de especificar os bens que integram a comunhão, a lei também elenca os bens que não irão integrar a comunhão, no caso de dissolução da união. Destarte, reza o artigo 1.659 do Código Civil brasileiro:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

- I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;
- II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
- III - as obrigações anteriores ao casamento;
- IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

- VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
- VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Acerca dos bens excluídos da comunhão, é de grande valia destacar o entendimento de Dias (2010, p. 235) “ainda que os bens recebidos por doação ou sucessão somente por um dos consortes sejam excluídos da comunhão, os frutos que tais bens produzem, como são frutos de bens particulares, se comunicam (CC 1.660, V)”.

Já a administração do patrimônio comum, segundo o artigo 1.663 do Código Civil de 2002, é concedida a qualquer um dos cônjuges. Embora seus parágrafos tragam algumas ressalvas acerca dessa administração que são de grande relevância, assim prescreve o artigo 1.663:

Art. 1.663. A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges.

§ 1º As dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido.

§ 2º A anuência de ambos os cônjuges é necessária para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns.

§ 3º Em caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges.

Nesse aspecto, pondera Dias (2010, p. 237) que ao

conferir indistintamente a qualquer dos consortes a administração dos bens comuns atenta à igualdade constitucional. Não há como dar legitimidade a somente um para administrar bens comuns, inclusive com comprometimento patrimonial pelas dívidas. A possibilidade de os bens particulares do administrador não responderem pelas dívidas acaba esbarrando no ônus da prova. Sempre surgem questionamentos: a quem cabe comprovar se um obteve ou não proveito pela dívida contraída pelo outro? É ao cônjuge do devedor que cabe a prova da ausência do benefício, ou compete ao credor provar o beneficiamento? O fato é que, durante a convivência

conjugal, presume-se que as dívidas contraídas pelo cônjuge são em favor da entidade familiar, sendo difícil a prova negativa.

Segundo o artigo 1.664 do Código Civil vigente: “os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal”. Já as dívidas, contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam os bens comuns, conforme o artigo 1.666 da lei em comento.

Sobre a cobrança de dívidas que não respondem os bens comuns, Dias (2010, p. 238) esclarece que

dirigida a demanda a um dos cônjuges para a cobrança de dívida pela qual não respondem os bens comuns, sendo estes penhorados, dispõe o ouro de legitimidade para opor embargos de terceiro (CPC 1.046 a 1.054) para defesa de sua meação, ainda que tenha sido intimado da penhora<sup>14</sup>, e mesmo que tenha feito uso de embargos.<sup>15</sup> Acolhidos os embargos, somente a metade do bem penhorado prossegue garantindo a execução. A meação que foi excluída da constrição judicial passa para o domínio exclusivo do cônjuge que a reivindicou, não se comunicando ao consorte.<sup>16</sup> O bem torna-se reservado ao patrimônio particular, independentemente do regime de bens. Em se tratando de imóvel indivisível, procedida a alienação judicial, fica reservado ao cônjuge alheio à execução a metade do valor alcançado (CPC 655-B).

Compreendida a administração do patrimônio comum, torna-se imperioso um breve estudo sobre a administração do acervo particular. Conforme prescreve o artigo 1.665 do Código Civil de 2002: “A administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo

<sup>14</sup> Súmula 134 do STJ: Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação.

<sup>15</sup> Execução. Cônjuge. Embargos do devedor e embargos de terceiro. Admissibilidade. Em consonância com os precedentes da Corte, o cônjuge que, intimado da penhora, opõe embargos do devedor não fica impedido de oferecer embargos de terceiro para defesa de sua meação (STJ, AgRg nos EDcl no Resp 306465/ES, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 25.02.2004)

<sup>16</sup> Silvío Rodrigues, Direito civil: direito de família, 166.

convenção diversa em pacto antenupcial". De acordo com Lobo (*apud* DIAS, 2010, p. 238):

essa referência legal só pode dizer com a venda de bens móveis, pois, com relação aos imóveis, a alienação depende da concordância do par (CC 1.647, I). As duas normas não de ser harmonizadas, de modo que sejam lidas como se dissessem: o cônjuge proprietário pode dispor de seus bens imóveis particulares, havendo autorização do outro ou suprimento judicial.

Assim como se evidencia, do enunciado acima, a venda de bens imóveis só pode ocorrer caso haja a anuência do outro cônjuge. No entanto, no tocante aos bens móveis o cônjuge proprietário poderá dispor deles, caso queira, sem a concordância do consorte.

Outro fato de extrema importância, na união estável, está voltado a qual regime se aplicar quando houver união estável entre idosos.

### **3.2. O Regime de separação de bens e a união estável entre idosos**

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.641 prevê os casos nos quais é obrigatória a adoção do regime de separação de bens:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

- I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
- II - da pessoa maior de sessenta anos;
- III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Portanto, os maiores de sessenta anos devem-se casar obrigatoriamente pelo regime de separação de bens independente da existência de pacto antenupcial. Discordando desse ideal pondera Dias (2010, p. 247):

Nas demais hipóteses que a lei impõe esse regime de bens, pode o juiz excluir dita apenação (Código Civil 1.523, parágrafo único). Mesmo que provem a sinceridade do seu amor, sua higidez mental e que nem têm família a quem deixar seus bens. Não há opção. A lei é implacável. Ora, se a seqüela legal pode ser afastada para os demais, nada justifica que não possa ser eliminada para os sexagenários. Outro fundamento não deixa margem a qualquer resposta: a escancarada afronta ao princípio da isonomia que a regra legal encerra.

Já na união estável não existe nenhuma previsão legal que exija a aplicabilidade do regime da separação de bens, nos casos em que haja a união de pessoas maiores de sessenta anos. Portanto, se aplicará à união estável independente da idade dos companheiros o regime da comunhão parcial de bens como preceitua o artigo 1.723 do Código Civil de 2002: "Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".

No entanto, ao analisar de forma ponderativa o artigo supracitado, observa-se uma ressalva traga pela lei, para aplicação do regime da comunhão parcial na união estável. Essa ressalva evidencia que apenas se aplicará esse regime, nos casos em que não houver contrato escrito entre os companheiros. Assim, entende-se que há a possibilidade dos companheiros escolherem outro regime de bens para regular as questões patrimoniais advindas da união.

Nader (*apud* DOURADO, 2010, p. 04), entende que o disposto no artigo 1.641 do Código Civil de 2002 deveria ser estendido aos idosos que constituírem união estável, elucidando que:

[...] O art. 1.641 impõe o regime de separação de bens no casamento, quando este se realiza com inobservância de causa suspensiva, no casamento de pessoa maior de sessenta anos e para

todos que dependem de suprimento judicial. Cabia ao legislador estender aos companheiros, para determinadas hipóteses, o regime legal obrigatório. Para situações diversas, mas com igual fundamento, deve haver idêntica disposição. Ou seja, se para o casamento de pessoa maior de 60 anos o regime de bens é o obrigatório, igual critério deve prevalecer na união estável quando pelo menos um dos companheiros possuir idade superior àquela [...].

Já o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não concorda com a aplicabilidade do artigo 1.641, II do Código Civil pátrio à união estável, ficando evidente a sua discordância no julgado a seguir:

- 1) REGIME DE BENS. ART. 1.641, II, CC/02. INAPLICABILIDADE. Não se aplica à união estável o art. 1.641, II, CC/02, por afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e pelo descabimento de aplicação analógica para restringir direitos. O regime de bens na união estável é o da comunhão parcial, ainda que um dos companheiros tivesse mais de sessenta anos.
- 2) DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. Ainda que a autora não tenha requerido o direito real de habitação, ele pode ser concedido de ofício.
- 3) MEAÇÃO. SUB-ROGAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. A sub-rogação, para ser reconhecida, deve restar inequivocamente demonstrada. Inexistindo tal prova nos autos, concede-se o direito de meação à autora sobre o imóvel adquirido na vigência da união estável.

Já o Superior Tribunal de Justiça em seus julgamentos tem entendimento que deve ocorrer a aplicação do artigo 1.641, II do Código Civil à união estável, pois se assim não o fizer haveria um desestímulo ao casamento, sendo que o próprio ordenamento jurídico nacional facilita a conversão da união estável em casamento e não o contrário. No entanto, essa aplicação deve respeitar a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que dispõe: "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento". Para melhor compreensão vale transcrever um julgado do Superior Tribunal de Justiça<sup>17</sup>:

<sup>17</sup> REsp 1090722 / SP - RECURSO ESPECIAL 2008/0207350-2 Relator(a) Ministro MASSAMI UYEDA (1129) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp> - Acessado em 18/09/2011

RECURSO ESPECIAL - UNIÃO ESTÁVEL - APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, EM RAZÃO DA SENILIDADE DE UM DOS CONSORTES, CONSTANTE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL, À UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - COMPANHEIRO SUPÉRSTITE - PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO FALECIDO QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL - OBSERVÂNCIA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1790, CC - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - O artigo 1725 do Código Civil preconiza que, na união estável, o regime de bens vigente é o da comunhão parcial. Contudo, referido preceito legal não encerra um comando absoluto, já que, além de conter inequívoca cláusula restritiva ("no que couber"), permite aos companheiros contratarem, por escrito, de forma diversa;

II - A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do de cujus, constante do artigo 1641, II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convalidação da união estável em casamento, e não o contrário;

IV - Ressalte-se, contudo, que a aplicação de tal regime deve inequivocamente sofrer a temporização do Enunciado n. 377/STF, pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência;

V - Excluída a meação, nos termos postos na presente decisão, a companheira supérstite participará da sucessão do companheiro falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência (período que não se inicia com a declaração judicial que reconhece a união estável, mas, sim, com a efetiva convivência), em concorrência com os outros parentes sucessíveis (inciso III, do artigo 1790, CC).

VI - Recurso parcialmente provido.

Portanto, há algumas divergências sobre a união estável de idosos e o regime de bens que irá regular as relações patrimoniais que se estabelecerão. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, pacificou o entendimento de que o regime aplicável à união estável entre sexagenários será o da separação obrigatória de bens, temperado com a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, havendo então a comunicação dos bens adquiridos na constância da união e presunção do esforço comum, equiparando-se ao regime da comunhão parcial.

Compreendido, qual o regime de bens aplicado à união estável homoafetiva, faz-se necessário conhecer a aplicabilidade e eficácia das normas jurídicas referentes a essa união. Por isso no próximo capítulo será abordado a aplicabilidade e eficácia das normas jurídicas referentes à união estável homoafetiva.

## 4. APLICABILIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS REFERENTES À UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

### 4.1 Breve classificação das normas constitucionais quanto a sua eficácia jurídica

Antes de iniciar o estudo sobre a aplicabilidade e eficácia das normas jurídicas referentes à união estável homoafetiva, faz-se necessário um breve estudo sobre a classificação das normas quanto a sua eficácia jurídica.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, XXVI estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Nesse mesmo sentido o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>18</sup> estabelece que “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. A referida lei teve o cuidado de conceituar o ato jurídico perfeito em seu §1º como: “o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”. O direito adquirido em seu § 2º, como: “o direito que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”. E por fim a coisa julgada em seu §3º, como sendo “a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

Como se subtrai do *caput* do artigo 6º do Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942, a lei em vigor produzirá efeito imediato e geral, ou seja, após entrar em vigor a lei passará a surtir efeitos no mundo jurídico sendo respeitada e enquadrada dentro de todos os casos que se encaixarem no tipo legal. No entanto, para produzir efeitos na seara jurídica é necessário que ela seja dotada de eficácia jurídica.

---

<sup>18</sup> Decreto-Lei n. 4.657 de 04 de setembro de 1942.

Segundo Araújo; Júnior (2008, p. 18):

a norma possui duas espécies de eficácia: a eficácia social, também denominada efetividade, que designa o fenômeno da concreta observância da norma no meio social que pretende regular, e a eficácia jurídica, que no dizer de Silva (*apud* Araújo; Júnior 2008, p. 18) designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito a aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica.

Como pode-se observar a eficácia social diz respeito à aplicação da norma ao caso concreto. Já a eficácia jurídica é a qualidade que a norma possui de produzir efeitos no mundo jurídico após sua aplicação.

No presente estudo será abordada a eficácia jurídica da norma. Assim, quanto a eficácia jurídica, Silva (*Apud*, ARAÚJO; JÚNIOR, 2008, p. 18-19) classifica as normas constitucionais como:

Normas de eficácia plena. São aquelas que desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.

Destarte, as normas de eficácia plena estão aptas a produzirem efeitos desde a sua entrada no mundo jurídico. Não necessitando que outra norma a complete ou a regule. Como exemplo, pode ser citado o inciso VII do artigo 21 da Constituição Federal vigente, que disciplina: Compete à União: [...] VII – Emitir Moeda;

Como se pode observar esta norma produz todos os efeitos de imediato e não necessita de qualquer complemento normativo infraconstitucional.

Ainda de acordo com Silva (*Apud*, ARAÚJO; JÚNIOR, 2008, p. 18-19) as normas constitucionais podem ser:

Normas de eficácia contida. São as dotadas de eficácia prospectiva ou, em outras palavras, as que, à míngua de legislação infraconstitucional integradora, possuem eficácia total e imediata, porém, o advento legislativo faz com que seu campo de abrangência fique restrito, contido.

As normas de eficácia contida são as que possuem eficácia total e imediata, no entanto, outra norma infraconstitucional poderá limitar sua atuação. Como exemplo vale ressaltar o inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que disciplina: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações que a lei estabelecer”. Nota-se que com a ausência de lei que estabeleça certas qualificações para o exercício de alguma profissão, vigorará a norma geral. Todavia, caso uma lei estabeleça algumas qualificações necessárias para o exercício de certa profissão, essa lei estará restringindo a eficácia da norma.

E por fim, conforme elucida Silva (*Apud*, ARAÚJO; JÚNIOR, 2008, p. 18-19) as normas constitucionais podem ser:

Normas de eficácia limitada, são aquelas que não produzem todos os seus efeitos de imediato, necessitando de um comportamento legislativo infraconstitucional ou da ação dos administradores para seu integral cumprimento. As normas de eficácia limitada são, portanto, normas de eficácia fraca, podendo, no entanto, ser fortalecidas pelo legislador infraconstitucional e pelo administrador público.

Assim, as normas de eficácia limitada são aquelas que necessitam de uma lei infraconstitucional que as regulem ou lhe completem, para poderem produzir seus efeitos na seara jurídica. Como exemplo, pode-se fazer referência ao artigo 153, VII da Carta Constitucional de 1988 que disciplina: “Artigo 153 – Compete à União instituir impostos sobre: [...] VII – grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

Desta forma, o dispositivo constitucional mencionado é um exemplo claro de norma de eficácia limitada, pois a União poderá instituir imposto sobre grandes fortunas, desde que nos termos de lei complementar. Assim, para surtir efeitos no campo jurídico o imposto sobre grandes fortunas necessitará de lei complementar.

#### **4.2. Da aplicabilidade das normas jurídicas referentes à união estável homoafetiva**

Entendido os tipos de eficácia jurídica que as normas apresentam, é de suma importância, demonstrar à sua aplicação ao no “mundo jurídico”. Por isso, serão demonstrados a seguir, alguns julgados que demonstram a aplicação das normas ao caso concreto.

Nesse sentido, observa-se que no tocante à participação do companheiro sobrevivente, na sucessão do companheiro falecido, discutido na página 20 do presente trabalho, tem-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao julgar o agravo de instrumento nº. 70039688452 entendeu que:

SUCCESSÃO. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. VÍNCULO RECONHECIDO JUDICIALMENTE. O DIREITO DO COMPANHEIRO À HERANÇA LIMITA-SE AOS BENS ADQUIRIDOS A TÍTULO ONEROSO NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO. EXEGESE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70039688452, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 24/02/2011)

Como se pode observar, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou provimento ao referido agravo, pois o agravante pleiteava a divisão do patrimônio conforme o art. 1.837 do CC, afirmando não haver distinção entre cônjuge e companheiro, além de alegar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

No entanto, o referido Tribunal de Justiça não acolheu o pedido do agravante e manteve a decisão do juízo de primeiro grau mandando que a divisão dos bens do *de cujus* se desse com base no artigo 1.790, III do Código Civil pátrio.

Reforçando o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial nº. 1.199.667 reconheceu o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento homoafetivo sem a necessidade da provação do esforço comum que segundo o referido Tribunal é presumido nesses casos. Julgamento *in verbis*:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA POST MORTEM . DIVISÃO DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO AO LONGO DO RELACIONAMENTO. EXISTÊNCIA DE FILHO ADOTADO PELO PARCEIRO FALECIDO. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM.

1. Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela. Essa circunstância não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para regular as relações contextualizadas em uma sociedade pós-moderna, com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.

2. Os princípios da igualdade e da dignidade humana, que têm como função principal a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, justificam o reconhecimento das parcerias afetivas entre homossexuais como mais uma das várias modalidades de entidade familiar.

3. O art. 4º da LICC permite a equidade na busca da Justiça. O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidades familiares, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização de entidade familiar diversa e que serve, na hipótese, como parâmetro diante do vazio legal – a de união estável – com a evidente exceção da diversidade de sexos.

4. Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem a ocorrência dos impedimentos do art. 1.521 do CC/02, com a exceção do inc. VI quanto à pessoa casada separada de fato ou judicialmente, haverá, por consequência, o

reconhecimento dessa parceria como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos.

5. Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, em nome de um apenas ou de ambos, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos, é presumida.

6. Recurso especial não provido.

Outro julgado de suma importância ao presente trabalho é o do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da apelação cível nº. 70026100982, que afirma o exposto na página 07 do trabalho em questão, evidenciando ser imprescindível para a caracterização da união estável homoafetiva a existência de convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com objetivo de constituir família. Assim entendeu o Tribunal em epígrafe:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. Os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, dentre outros, que retratam direitos e garantias fundamentais, se sobrepõem a quaisquer outras regras, inclusive à insculpida no artigo 226, §3º, da Constituição Federal, que exige a diversidade de sexos para o reconhecimento da união estável. Porém, para a caracterização da união estável é imprescindível a existência de convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com objetivo de constituir família. Sentença mantida no caso em exame. APELO NÃO PROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70026100982, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 04/12/2008)

Confirmando esse entendimento, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao julgar o agravo interno do processo de nº 200551015242373, negou provimento ao pedido da autora, pois ela postulava a transferência do benefício de pensão por morte conferido à companheira de sua filha falecida. Na referida decisão o Tribunal em questão, entendeu não haver nenhuma dúvida da existência da união estável entre a falecida filha da autora e a segunda ré, pois a relação delas era pública, contínua e duradoura, como se constata nas provas apresentadas pela companheira sobrevivente. Julgamento, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOAFETIVA. RELACIONAMENTO PÚBLICO, CONTÍNUO E DURADOURO EVIDENCIADO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. PRESENTES OS REQUISITOS NECESSÁRIOS À OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO. EXCLUSÃO DA GENITORA DO ROL DE DEPENDENTES PELO RECONHECIMENTO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO À COMPANHEIRA. ART. 16, § 1º, LEI Nº 8.213/91. AGRAVO IMPROVIDO.16§ 1º8.213I. A partir do Julgamento da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, o INSS passou a reconhecer a relação de união estável entre pessoas do mesmo sexo para fins de concessão de benefício previdenciário (Instrução Normativa nº 25/2000).II. Restando incontroverso o falecimento e a qualidade de segurada da previdência social da de cujus, a concessão de pensão por morte à respectiva companheira passa a depender apenas da prova da união homoafetiva pública, contínua e duradoura, presumindo-se a dependência econômica, nos termos do art. 16, § 4º da Lei 8.213/91.16§ 4º8.213III. O lastro probatório colacionado aos autos apresenta-se apto a demonstrar um relacionamento familiar, baseado em interesses comuns, entre 2ª ré e a ex-segurada.IV. A existência de dependente na classe anterior exclui os da posterior, nos termos do art. 16, § 1º, da Lei nº 8.213/91. In casu, não há de ser reconhecido o benefício de pensão por morte à autora, genitora da ex-segurada, na medida em que tal direito já foi reconhecido à respectiva companheira.16§ 1º8.213V. As questões aventadas no Agravo Interno foram devidamente abordadas no r. decisum agravado.VI. Agravo interno a que se nega provimento. (200551015242373 RJ 2005.51.01.524237-3, Relator: Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE, Data de Julgamento: 29/03/2011, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data::08/04/2011 - Página::289)

Buscando demonstrar de forma objetiva e detalhada a caracterização da união estável homoafetiva e seu grande respaldo em princípios constitucionais, faz-se importante citar um trecho do julgamento feito pelo Supremo Tribunal Federal sobre o Agravo Regimental do Recurso Extraordinário nº. 477554 de Minas Gerais. O julgamento na íntegra encontra-se em anexo. Assim elucida a Suprema Corte:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) "QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS" (CF, ART. 5º, XLI)- A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARÇO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL ADI 4.277/DF) - 1.723 CÓDIGO CIVIL 226, § 3º, CF. 5ºXLI. - [...] (477554 MG , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 16/08/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287)

Após a citação de alguns julgados que evidenciam a caracterização da união estável pela convivência, pública, contínua e duradoura, faz-se necessário apresentar alguns julgados que demonstram o posicionamento dos tribunais sobre o regime de bens aplicado à união estável.

Como já foi mencionado na página 31, o regime de bens aplicado à união estável por força do artigo 1.725 do Código Civil de 2002, é o regime da Comunhão Parcial de Bens. Portanto, é importante transcrever um dos vários julgados do Tribunal de Justiça de Goiás, que confirma o exposto acima. O referido Tribunal, ao

julgar a apelação cível do processo de n. 200791475166, conferiu à união estável o regime da Comunhão Parcial de Bens. Julgamento *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PARTILHA DE BENS. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. COMPROVAÇÃO DE AQUISIÇÃO ONEROSA DE BENS DURANTE UNIÃO ESTÁVEL. ÔNUS DA PROVA DO AUTOR. 1- Conforme artigo 1.725 do Código Civil, a regra para a união estável, salvo disposição convencional em contrário, é o regime de comunhão parcial de bens. 2- No regime de comunhão parcial de bens, somente os bens adquiridos onerosamente por qualquer dos conviventes após o início da união pertencerão aos dois em condomínio e em partes iguais. 3- Não se desincumbindo a parte autora do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 333, I, do Código de Processo Civil e tratando-se de causa patrimonial, impõe-se a improcedência do pedido de partilha dos bens supostamente adquiridos na constância da união estável. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. (6ª Câmara Cível, Relator....: Des. Fausto Moreira Diniz Proc./rec.: 147516-64.2007.8.09.0127 - Apelação Cível, Tribunal de Justiça de Goiás)

Reforçando esse entendimento, ressalta-se o julgamento da apelação cível nº 70041270182 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DOS BENS. Nos termos do artigo 1.725 do Código Civil, a partilha do casal obedecerá ao regime da comunhão parcial de bens e, nos termos do artigo 1.658, também do Código Civil, haverá comunicação dos bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento (ressalvadas as exceções do artigo 1659 do código civil), incluindo-se as "obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal". Imperioso, contudo, a prova inconteste da existência dos bens. NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS APELOS. (Apelação Cível Nº 70041270182, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 22/09/2011)

Para a finalização do presente trabalho, é de grande relevância transcrever um pequeno trecho do voto do Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Melo, na ADI nº. 4.277 / DF, onde o mesmo faz uma crítica sobre a inércia

do poder legislativo quanto à edição de uma lei que vise regular as uniões estáveis homoafetivas. Pondera o Ministro:

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental [...].

Portanto, ficou demonstrado por meio dos julgados supracitados, que o Poder Judiciário cumpre com seu papel de aplicar a lei ao caso concreto. E os casos nos quais a lei for omissa ou não houver uma legislação específica tratando da matéria, o juiz deverá de acordo com o artigo 4º da Lei de Introdução as normas do direito brasileiro, recorrer-se à analogia, aos princípios gerais do direito e aos costumes, para dirimir os conflitos levados à sua apreciação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente existem grandes polêmicas e discussões envolvendo a união estável homoafetiva. Nota-se que ela é uma realidade frequente na sociedade contemporânea devendo, portanto, ser regulamentada e normatizada. No entanto, o legislativo por medo de “perder” os votos de uma parte da sociedade, ou seja, se regulamentar a união estável homoafetiva sofrerá represálias por parte da massa conservadora e religiosa da sociedade, por outro lado, se manifestar contrário a essa regulamentação irá “decepcionar” milhões de eleitores homossexuais.

Frente a essa inércia legislativa o Supremo Tribunal Federal teve que se manifestar a respeito do assunto, reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo, conferindo aos pares homoafetivos que preencham todos os requisitos para caracterização da união estável, os mesmos direitos e as mesmas obrigações que os casais heterossexuais.

Durante a confecção do presente foi levantada a hipótese de que mesmo sem possuir uma legislação própria, os litígios ocasionados na constância ou após a dissolução da união deveriam ser solucionados pelo poder judiciário, utilizando-se da analogia e dos princípios gerais do direito.

No desenvolvimento da pesquisa do presente trabalho constatou-se que há vários posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários que ratificam a referida hipótese, demonstrando que nos casos em que a lei for omissa ou não houver uma legislação específica tratando da matéria, o juiz deverá de acordo com o artigo 4º da Lei de Introdução as normas do direito brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657 de 04 de setembro de 1942), recorrer-se à analogia, aos princípios gerais do direito e aos costumes, para dirimir esses conflitos.

E mesmo antes da união estável homoafetiva ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, a maioria dos tribunais brasileiros já conferia aos pares homoafetivos, que buscavam respaldo na justiça para dirimir os conflitos advindos

dessa união, alguns dos direitos inerentes aos casais heterossexuais que viviam em união estável.

Com a conclusão do presente trabalho procurou-se responder a problemática levantada. Nota-se que no transcorrer do trabalho ela foi respondida de forma satisfatória, ficando evidenciados e demonstrados, por meio de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, os direitos sucessórios do companheiro homoafetivo.

## REFERÊNCIAS

### Livros e Doutrinas:

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. – 12ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

CAHALI, Francisco José; CARDOSO, Fabiana Domingues. A Sucessão na União Estável. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2004.

FEREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 17.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 1989.

FIUZA, César. *Curso Completo de Direito Civil*. Belo Horizonte: Editora dos Tribunais, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Concorrência Sucessória à luz dos Princípios Norteadores do Código Civil de 2002*. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 29. Ano VII, Abr-Maio 2005.

GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livro do Advogado, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. *Direito das Sucessões - Coleção Sinopses Jurídicas - v. 2*. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica* – 4ª Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha [coord]. *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil - Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

VELOSO, Zeno. *Do direito sucessório dos companheiros - Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Direito de Família*. Coleção direito civil; volume 6. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil: Direito das sucessões*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010

### Leis

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 22 de Junho de 2011.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 25 de Junho de 2011.

BRASIL. Decreto Lei 4.657 de 04 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em 10 de Novembro de 2011.

### Artigos e Monografias disponíveis eletronicamente:

DOURADO, Robson Gonçalves. *União estável de idoso(a) e o regime de separação obrigatória de bens: possibilidades e incongruências*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2737, 29 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18130>>. Acesso em: 15/09/2011.

FILHO, Francisco Carlos Moreira;MADRID,Daniela Martins. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1645/1568>> Acessado em: 10/05/2011.

NETO, Ubirajara Coelho. Disponível em: <<<http://ucneto1.dominiotemporario.com/doc/Aula-03-29-03-11.pdf>>>. Acessado em 30/03/2011.

OLIVEIRA, Ana Paula Ribeiro Rocha de. *A Sucessão na União Estável*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_60/Artigos/Art\\_AnaPaula.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_60/Artigos/Art_AnaPaula.htm)>. Acessado em: 27/06/2011.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil*. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Luiz\\_Felipe\\_Brasi\\_%20Santos/sucessao.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_Felipe_Brasi_%20Santos/sucessao.pdf)>. Acessado em: 27/06/2011>

SILVA, Edna Lúcia da. *Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação*/Edna Lúcia da Silva, Estera Muszkat Menezes. – 3. ed. rev. atual.– Florianópolis: Laboratório de Ensino a Distância da UFSC, 2001.

Voto do Ministro Ricardo Lewandowski sobre a ADPF 132 e a ADI 4.277. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-ricardo-lewandowski-uniao.pdf>> Acessado em: 02/06/2011

# ANEXOS



16/08/2011

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 477.554 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO  
AGTE. (S) : CARMEM MELLO DE AQUINO NETTA REPRESENTADA  
POR ELIZABETH ALVES CABRAL  
ADV. (A/S) : NOÉ ALEXANDRE DE MELO  
AGDO. (A/S) : EDSON VANDER DE SOUZA  
ADV. (A/S) : EDITH CRISTINA ALVES DEMIAN  
AGDO. (A/S) : INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES  
DO ESTADO DE MINAS GERAIS - IPSEMG  
ADV. (A/S) : ALEXANDRE VALADARES PASSOS

E M E N T A: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) "QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS" (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL.

- Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por

RE 477.554 AgR / MG

motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigale as pessoas em razão de sua orientação sexual.

RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR.

- O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares.

- A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.

- Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas.

RE 477.554 AgR / MG

A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA.

- O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE.

- O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina.

- O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.

- Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivção desse princípio no plano do direito comparado.

A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS.

- A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito.

- Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere "o monopólio da última palavra" em matéria de interpretação

RE 477.554 AgR / MG

constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Participou deste julgamento o Senhor Ministro Luiz Fux, convocado (RISTF, art. 41). Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 16 de agosto de 2011.

CELSO DE MELLO - RELATOR

16/08/2011

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 477.554 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO  
AGTE. (S) : CARMEM MELLO DE AQUINO NETTA REPRESENTADA  
POR ELIZABETH ALVES CABRAL  
ADV. (A/S) : NOÉ ALEXANDRE DE MELO  
AGDO. (A/S) : EDSON VANDER DE SOUZA  
ADV. (A/S) : EDITH CRISTINA ALVES DEMIAN  
AGDO. (A/S) : INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES  
DO ESTADO DE MINAS GERAIS - IPSEMG  
ADV. (A/S) : ALEXANDRE VALADARES PASSOS

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Trata-se de recurso de agravo, tempestivamente interposto, por Carmem Mello de Aquino Netta, representada por Elizabeth Alves Cabral, contra decisão que, ao conhecer e ao dar provimento ao apelo extremo deduzido por Edson Vander de Souza, reconheceu a existência de união estável homoafetiva entre este e o pai da ora recorrente.

A decisão, por mim proferida, está assim ementada (fls. 425/426):

**"UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF). O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA. O DIREITO À**

RE 477.554 AgR / MG

BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO. DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO."

Inconformada com esse ato decisório, a parte ora agravante interpõe o presente recurso, apoiando-se, em essência, nos seguintes fundamentos (fls. 445/447):

"A tese do 'direito à felicidade' não pode se sobrepor à lei vigente, na medida em que cada um tem uma visão do que é esse subjetivo estado de euforia que está na metafísica. (...).

Quanto à Constituição garantir o afeto entre pessoas - e logo o Supremo seria o agente dessa garantia - é uma abstração, não está na Física. Garantir o afeto de uma pessoa a outra não se consubstancia no mero pagamento de pensão. (...).

Quanto ao direito de constituir família independentemente de orientação sexual cabe ao Legislativo implementar leis nesse sentido. Do contrário é fazer, do magistrado, legislador e juiz ao mesmo tempo, o que, com a independência que deve existir entre os Poderes, seria impensável em um Estado que se diz de Direito.

Quanto ao poder do Supremo de ir contra a maioria e de que o art. 226 é norma 'em aberto', observa-se que a decisão ora atacada está fundamentada no poder do

RE 477.554 AgR / MG

Supremo de interpretar a Constituição como seus ilustres e preclaros ministros entenderem, mas se tal circunstância, que é verdadeira aliás, não tiver os devidos temperos, estarão como se investidos de poder constituinte, que pertence ao povo por meio de seus representantes, que estão no Legislativo e não no Judiciário.

No que se refere 'a submissão do Brasil aos princípios de YOGYAKARTA', eles foram estabelecidos por juristas defensores de direitos humanos, que não representavam Estados e se encontraram naquela cidade da Indonésia. Tais princípios não obrigam o Judiciário, estando a cargo do Legislativo emitir as leis que garantam as idéias ali inseridas, (...).

Quanto ao Poder Judiciário não se fechar às transformações sociais, e aceitá-las mesmo que inexista lei que vá ao encontro delas, caberia, salvo melhor juízo, ao Congresso Nacional interpretar essas mudanças e colocá-las na lei positiva. (...).

(...). Somente a lei ou mesmo emenda à CF poderia dar legitimidade ao que ora pretende o agravado, ou seja, homem receber pensão de homem com quem teria vivido em 'relação homoafetiva'.

Sobre a decisão recente desse Tribunal que iria ao encontro do que deseja o agravado, há que se observar que quando se descortinou o presente caso não existia a decisão que o ilustre relator menciona. Então, seguindo a argumentação do preclaro relator há que se mudar decisões em contrário já consolidadas. Essa novel posição do Supremo, trazida por esses novos ares de liberdade quase que incondicional, não pode alcançar, e mudar, os costumes reinantes quando do óbito do instituidor do benefício perseguido pelo agravado." (grifei)

Sendo esse o contexto, submeto, à apreciação desta colenda Turma, o presente recurso de agravo.

É o relatório.

RE 477.554 AgR / MG

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Não assiste razão à parte recorrente, eis que a decisão agravada ajusta-se, com integral fidelidade, à diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em exame, inexistindo, por isso mesmo, motivo que justifique o acolhimento da postulação recursal em causa.

Com efeito, tal como ressaltado na decisão ora agravada, trata-se de recurso extraordinário interposto contra decisão, que, proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 336):

" (...) Benefício previdenciário. Direito de família incorrente. Possibilidade jurídica do pedido presente. Legitimidade ativa 'ad causam' patenteada. Pensão por morte de segurado. Relação homoafetiva. Ausência de lei específica. Benefício inexistente. Sentença reformada. (...) 2. Pleiteado benefício previdenciário, a matéria não é de direito de família. Logo, a competência é mesmo de vara especializada da Fazenda Pública e Autarquias. (...) 6. A Constituição da República de 1988 reconhece apenas a união heterossexual como entidade familiar. 7. Ainda que a ordem jurídica brasileira tenha evoluído quanto ao conceito de entidade familiar, tal evolução não incorporou a união homossexual ou homoafetiva. 8. A concessão do benefício previdenciário depende da edição de lei específica

RE 477.554 AgR / MG

(...). No caso do Estado de Minas Gerais, a legislação não ampara a concessão de benefício previdenciário decorrente de relação homoafetiva. (...) 12. Sentença reformada em reexame necessário (...)."

(Apelação Cível n° 1.0145.02.012887-5/001, Rel. Des. CAETANO LEVI LOPES - grifei)

A parte ora recorrida (Edson Vander de Souza) insurgiu-se contra esse julgamento, invocando, dentre outros fundamentos constitucionais, a possibilidade de qualificar-se, como entidade familiar, a união estável homoafetiva, cujo reconhecimento - segundo foi sustentado - mostrar-se-ia plenamente compatível com o que dispõe o § 3º do art. 226 da Constituição da República.

Ao proferir a decisão ora agravada, observei, então, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em recentíssimo julgamento, ao apreciar a ADPF 132/RJ e a ADI 4.277/DF, ambas de relatoria do eminente Ministro AYRES BRITTO, reconheceu, como entidade familiar, a união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, além de também haver proclamado, com idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis heteroafetivas estendem-se aos companheiros na união estável entre pessoas do mesmo sexo (Informativo/STF n° 625).

RE 477.554 AgR / MG

Ao assim decidir a questão, o Pleno desta Suprema Corte proclamou que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual.

Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual.

Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integram a comunhão nacional.

Esta Suprema Corte, ao proferir referido julgamento, viabilizou a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática, tornando

RE 477.554 AgR / MG

efetivo, assim, o princípio da igualdade, assegurando respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, conferindo primazia à dignidade da pessoa humana, rompendo paradigmas históricos, culturais e sociais e removendo obstáculos que, até então, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório.

Com tal julgamento, deu-se um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado, injustamente, grupos minoritários em nosso País, permitindo-se, com tal orientação jurisprudencial, a remoção de graves obstáculos que, até agora, inviabilizavam a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente justa, plenamente legítima e democraticamente inclusiva.

Vale referir, tal como eu próprio já o fizera em decisão anterior (ADI 3.300-MC/DF), que o magistério da doutrina - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - tem revelado admirável percepção quanto ao significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união

RE 477.554 AgR / MG

homoafetiva como entidade familiar, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares.

Cabe destacar, em face do caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, consubstanciados em acórdãos assim ementados:

"Relação homoerótica - União estável - Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade - Analogia - Princípios gerais do direito - Visão abrangente das entidades familiares - Regras de inclusão (...) - Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 - Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas."

(Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil - grifei)

"(...) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de

RE 477.554 AgR / MG

discriminatória, retira da proteção estatal peçoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial - em alguns países de forma mais implícita - com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como passível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão."

(Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Juiz JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA - grifei)

RE 477.554 Agr / MG

Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início da segunda década do terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em inadmissíveis fórmulas preconceituosas, vem sendo externada por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, "Direito de Família - Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro", p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, "Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal - Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo", 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, "A Homossexualidade no Direito", p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora - ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, "União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais", p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, "Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais", Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, "Unões Homossexuais: efeitos jurídicos", Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, "A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica", "in" "Revista da AJURIS" n° 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.).

RE 477.554 AgR / MG

Desse modo, a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugualidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.

Isso significa que a qualificação da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que presentes, quanto a ela, os mesmos requisitos inerentes à união estável constituída por pessoas de gêneros distintos (Código Civil, art. 1.723), representa o reconhecimento de que as conjugualidades homoafetivas, por repousarem a sua existência nos vínculos de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, hão de merecer o integral amparo do Estado, que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais.

RE 477.554 AgR / MG

Impende considerar, neste ponto, o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional, em ordem a valorizar esse novo paradigma como núcleo conformador do próprio conceito de família.

Com efeito, torna-se indiscutível reconhecer que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da Constituição Federal de 1988, para fins de estabelecimento de direitos/deveres decorrentes do vínculo familiar, consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto.

Nesse sentido, oportuno o registro da ilustre Advogada MARIA BERENICE DIAS ("A Homoafetividade Como Direito", "in" "Novos Direitos", coord. Mauro Nicolau Júnior, p. 336, item n. 5, 2007, Juruá), de cuja lição extraio o seguinte fragmento:

"O Direito das Famílias, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma profunda transformação. O princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Num único dispositivo, o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Além de alargar o conceito de família para além do casamento, foi derrogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais.

RE 477.554 AgR / MG

A Constituição Federal, ao outorgar a proteção à família, independentemente da celebração do casamento, vincou um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros." (grifei)

Cabe referir, por necessário, que esse entendimento - no sentido de que o afeto representa um dos fundamentos mais significativos da família moderna, qualificando-se, para além de sua dimensão ética, como valor jurídico impregnado de perfil constitucional - tem o beneplácito de expressivo magistério doutrinário (RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família", p. 179/191, item n. 7, 2005, Del Rey; GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, "Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei n° 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso", p. 126/130, item n. 3.2.1, 2008, Atlas; MOACIR CÉSAR PENA JUNIOR, "Direito das Pessoas e das Famílias: doutrina e jurisprudência", p. 10/12, item n. 1.5.2, 2008, Saraiva; PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, "Manual da Homoafetividade", p. 220/221, item n. 2.5.3, 2008, Editora Método, v.g.).

Também o eminente Professor (e ilustre membro do Ministério Público Federal) DANIEL SARMENTO ("Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais", "in" "Igualdade, Diferença e Direitos Humanos", p. 643, 2008, Lumen

RE 477.554 AgR / MG

Juris) revela igual percepção em torno dessa particular questão, reconhecendo, no afeto, enquanto valor jurídico-constitucional, um elemento fundamental (e preponderante) na esfera das relações do direito de família, inclusive no âmbito das uniões entre pessoas do mesmo sexo:

"Enfim, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição de 88 é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais, que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presentes no casamento ou na união estável entre pessoas de sexos opostos, não existindo, portanto, qualquer justificativa legítima para a discriminação praticada contra os homossexuais."  
(grifei)

Tenho por fundamental, ainda, na resolução do presente litígio, o reconhecimento de que assiste, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana.

Já enfatizei, em anteriores decisões, que o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar encontra suporte legitimador em princípios fundamentais, como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade e da busca da felicidade.

RE 477.554 AgR / MG

Assume papel relevante, nesse contexto, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular", p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro", p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFANG SARLET, "Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988", p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, "Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos", 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, "O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência", 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, "Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo", 2008, Renovar, v.g.).

RE 477.554 Agr / MG

Reconheço que o direito à busca da felicidade - que se mostra gravemente comprometido, quando o Congresso Nacional, influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar, a grupos minoritários, a fruição de direitos fundamentais - representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham, historicamente, na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776.

O texto dessa Declaração, fortemente influenciado pelas idéias iluministas, precedidas, no ponto, pelo pensamento de John Locke, resultou de projeto elaborado por Comissão designada pelo Segundo Congresso Continental dos Estados Unidos da América, constituída por Thomas Jefferson, seu principal autor, John Adams, Benjamim Franklin, Robert R. Livingston e Roger Sherman, ainda que alguns autores - como RAY RAPHAEL ("Mitos sobre a Fundação dos Estados Unidos: a verdadeira história da independência norte-americana", p. 125, traduzido por Maria Beatriz de Medina, Civilização Brasileira, 2006) - mencionem o fato de que "Jefferson estava em condições de aproveitar o trabalho de muitos outros, inclusive o de George Mason, que acabara de redigir um documento muito parecido, a Declaração de Direitos da Virgínia" (grifei).

RE 477.554 AgR / MG

Não é por outra razão que STEPHANIE SCHWARTZ DRIVER ("A Declaração de Independência dos Estados Unidos", p. 32/35, tradução de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), referindo-se à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América como típica manifestação do Iluminismo, qualificou o direito à busca da felicidade como prerrogativa fundamental inerente a todas as pessoas:

"Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica." (grifei)

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delinham alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição.

RE 477.554 AgR / MG

Nesse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.

Registre-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez (ADI 3.300-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - STA 223-AgR/PE, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.), reconheceu, no princípio constitucional (implícito) da busca da felicidade, um "importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais", como anota o ilustre Advogado SAUL TOURINHO LEAL, em precioso trabalho ("O Princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal").

Desnecessário referir a circunstância de que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América tem aplicado esse princípio em alguns precedentes - como In Re Slaughter-House Cases (83 U.S. 36, 1872), Butchers' Union Co. v. Crescent City Co. (111 U.S. 746,

RE 477.554 AgR / MG

1884), Yick Wo v. Hopkins (118 U.S. 356, 1886), Meyer v. Nebraska (262 U.S. 390, 1923), Pierce v. Society of Sisters (268 U.S. 510, 1925), Griswold v. Connecticut (381 U.S. 479, 1965), Loving v. Virginia (388 U.S. 1, 1967), Zablocki v. Redhail (434 U.S. 374, 1978), v.g. -, nos quais esse Alto Tribunal, ao apoiar os seus "rulings" no conceito de busca da felicidade ("pursuit of happiness"), imprimiu-lhe significativa expansão, para, a partir da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, estendê-lo a situações envolvendo a proteção da intimidade e a garantia dos direitos de casar-se com pessoa de outra etnia, de ter a custódia dos filhos menores, de aprender línguas estrangeiras, de casar-se novamente, de exercer atividade empresarial e de utilizar anticoncepcionais.

Vale mencionar o fato de que a busca da felicidade foi também positivada, no plano normativo, nos textos da Constituição do Japão de 1947 (Artigo 13), da Constituição da República Francesa de 1958 (Preâmbulo no qual se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em que se contém o reconhecimento desse direito fundamental) e da recente Constituição do Reino do Butão de 2008 (Preâmbulo).

RE 477.554 Agr / MG

Parece-me irrecusável, desse modo, considerado o objetivo fundamental da República de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (CF, art. 3º, IV), que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto idéia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, autoriza, presente o contexto em exame, o rompimento dos obstáculos que impedem a pretendida qualificação da união civil homossexual como entidade familiar.

É preciso também não desconhecer, na abordagem jurisdicional do tema ora em exame, a existência dos Princípios de Yogyakarta, notadamente daqueles que reconhecem o direito de constituir família, independentemente de orientação sexual ou de identidade de gênero.

Entendo que a pretensão recursal ora em exame não só conflita com os precedentes firmados por esta Suprema Corte, mas diverge, por igual, dos Princípios de Yogyakarta, que traduzem recomendações dirigidas aos Estados nacionais, fruto de conferência realizada, na Indonésia, em novembro de 2006, sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos.

RE 477.554 AgR / MG

Essa Carta de Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero fez consignar, em seu texto, o Princípio nº 24, cujo teor assim dispõe:

"DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA

Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.

Os Estados deverão:

a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o direito de constituir família, inclusive pelo acesso à adoção ou procriação assistida (incluindo inseminação de doador), sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;

b) Assegurar que leis e políticas reconheçam a diversidade de formas de família, incluindo aquelas não definidas por descendência ou casamento e tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que nenhuma família possa ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros, inclusive no que diz respeito à assistência social relacionada à família e outros benefícios públicos, emprego e imigração;

.....  
f) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que qualquer obrigação, prerrogativa, privilégio ou benefício disponível para parceiros

RE 477.554 AgR / MG

não-casados de sexo diferente **esteja igualmente disponível para parceiros não-casados do mesmo sexo; (...).**" (grifei)

Cumpr observar, ainda, no tocante à interpretação (meramente literal) de que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal desautorizaria a postulação recursal extraordinária por mim acolhida e ora impugnada, que não vislumbro, no texto normativo da Constituição, quanto ao reconhecimento da proteção estatal às uniões entre pessoas do mesmo sexo, a existência de lacuna voluntária ou consciente (NORBERTO BOBBIO, "Teoria do Ordenamento Jurídico", p. 43/145, item n. 7, 1989, UnB/Polis), de caráter axiológico, cuja constatação evidenciaria a existência de "silêncio eloquente" capaz de comprometer a interpretação (que tenho por absolutamente correta) no sentido de que a união estável homoafetiva qualifica-se, constitucionalmente, "como entidade familiar" (CF, art. 226, § 3º).

Extremamente precisa, quanto a esse aspecto, a autorizada observação de DANIEL SARMENTO ("Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais", "in" "Igualdade, Diferença e Direitos Humanos", p. 619/659, 649/652, 2008, Lumen Juris), cuja lição, apoiando-se em consistente interpretação sistemática e teleológica do art. 226, § 3º, da

RE 477.554 AgR / MG

Constituição, corretamente enuncia o exato sentido da norma constitucional em referência:

"Um obstáculo bastante invocado contra a possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a redação do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo o qual 'para o efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.'

Os adversários da medida alegam que o preceito em questão teria barrado a possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva no Brasil, pelo menos enquanto não fosse aprovada emenda alterando o texto constitucional. Contudo, o argumento, que se apega exclusivamente na literalidade do texto, não procede.

Com efeito, sabe-se que a Constituição, em que pese o seu caráter compromissório, não é apenas um amontado de normas isoladas. Pelo contrário, trata-se de um sistema aberto de princípios e regras, em que cada um dos elementos deve ser compreendido à luz dos demais. A noção de sistema traduz-se num importantíssimo princípio de hermenêutica constitucional, que é o da unidade da Constituição. (...).

No sistema constitucional, existem princípios fundamentais que desempenham um valor mais destacado no sistema, compondo a sua estrutura básica. (...). No caso brasileiro, nem é preciso muito esforço exegetico para identificá-los. O constituinte já tratou de fazê-lo no Título I da Carta, que se intitula exatamente 'Dos Princípios Fundamentais'. E é lá que vão ser recolhidas as cláusulas essenciais para a nossa empreitada hermenêutica: princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre de preconceitos e discriminações, dentre outros.

Estes vetores apontam firmemente no sentido de que a exegese das normas setoriais da Constituição - como o nosso § 3º do art. 226 -, deve buscar a inclusão e não a exclusão dos estigmatizados; a emancipação dos grupos vulneráveis e não a perenização do preconceito e da desigualdade.

RE 477.554 AgR / MG

(...) Da leitura do enunciado normativo reproduzido, verifica-se que ele assegurou expressamente o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, mas nada disse sobre a união civil dos homossexuais.

Esta ausência de referência não significa, porém, silêncio eloqüente da Constituição. O fato de que o texto omitiu qualquer alusão à união entre pessoas do mesmo sexo não implica, necessariamente, que a Constituição não assegure o seu reconhecimento.

.....  
Não bastasse, o elemento teleológico da interpretação constitucional também não é compatível com a leitura do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo a qual do referido preceito decorreria, 'a contrario sensu', o banimento constitucional da união entre pessoas do mesmo sexo.

Com efeito, o referido preceito foi inserido no texto constitucional no afã de proteger os companheiros das uniões não matrimonializadas, coroados um processo histórico que teve início na jurisprudência cível, e que se voltava à inclusão social e à superação do preconceito. Por isso, é um contra-senso interpretar este dispositivo constitucional, que se destina a 'inclusão', como uma cláusula de exclusão social, que tenha como efeito discriminar os homossexuais." (grifei)

Cabe registrar, finalmente, que os precedentes a que me referi no início deste voto (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) refletem, com absoluta fidelidade, a função contramajoritária que, ao Supremo Tribunal Federal, incumbe desempenhar no âmbito do Estado democrático de direito, em ordem a conferir efetiva proteção às minorias.

Trata-se, na realidade, de tema que, intimamente associado ao debate constitucional suscitado nesta causa, concerne

RE 477.554 AgR / MG

ao *relevantíssimo* papel que compete a esta Suprema Corte exercer no plano da *jurisdição das liberdades*: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger *as minorias* contra eventuais excessos *da maioria ou*, ainda, contra omissões que, *imputáveis* aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que *sofrem os efeitos perversos* do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica.

Esse particular aspecto da questão põe em relevo a *função contramajoritária* do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, *considerada* a circunstância de que as pessoas que mantêm relações homoafetivas *representam* "parcela minoritária (...) da população", como esclarecem dados que a Fundação IBGE coligiu no Censo/2010 e que registram a *existência declarada*, em nosso país, de 60.000 casais homossexuais.

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevaletentes na sociedade brasileira, tem se mostrado *infenso*, *no que se refere* à qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar, à *necessidade* de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais.

RE 477.554 AgR / MG

Tal situação culmina por gerar um quadro de (inaceitável) submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoría por grupos majoritários.

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito.

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os

RE 477.554 AgR / MG

grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - MS 24.849/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - MS 26.441/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

RE 477.554 AgR / MG

Para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados, pois ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.

Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia - consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, "Fundamentos de Direito Constitucional", p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) - o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

RE 477.554 AgR / MG

Em conclusão: o exame da presente causa evidencia que a decisão ora questionada ajusta-se à orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência.

Sendo assim, em face das razões expostas, e considerando, fundamentalmente, os valiosos precedentes que o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou na matéria (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO), nego provimento ao presente recurso de agravo, mantendo, em consequência, por seus próprios fundamentos, a decisão ora agravada.

É o meu voto.

**SEGUNDA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 477.554**

PROCED.: MINAS GERAIS

**RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO**

AGTE. (S): CARMEM MELLO DE AQUINO NETTA REPRESENTADA POR ELIZABETH ALVES CABRAL

ADV. (A/S): NOÉ ALEXANDRE DE MELO

AGDO. (A/S): EDSON VANDER DE SOUZA

ADV. (A/S): EDITH CRISTINA ALVES DEMIAN

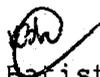
AGDO. (A/S): INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS - IPSEMG

ADV. (A/S): ALEXANDRE VALADARES PASSOS

**Decisão:** Negado provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Participou deste julgamento o Senhor Ministro Luiz Fux, convocado (RISTF, art. 41). Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 16.08.2011.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão o Senhor Ministro Celso de Mello e o Senhor Ministro Luiz Fux, convocado nos termos do art. 41, RISTF, para compor o quorum. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

  
Karima Batista Kassab  
Coordenadora