

Josiane da Silva Purgasz*
Stéfani Paula Pasquali*

A sucessão do cônjuge *versus* a sucessão do companheiro

Resumo: O ordenamento jurídico brasileiro é falho e omissivo no momento que não regula alguns determinados institutos jurídicos existentes no plano fático das relações humanas. Abordaremos um destes institutos, qual seja a União Homoafetiva. Tal relação existe desde os primórdios, porém, somente no século XX os Estados começaram a reconhecê-la juridicamente. Reconhecer juridicamente um instituto deste porte é dar um grande passo em direção a maior segurança jurídica. Nesta linha de pensamento, apontaremos países que legalizaram a União Homoafetiva, além da posição doutrinária e jurisprudencial brasileira, bem como projetos de lei que visaram à legalização da União Homoafetiva no Brasil, e a atual decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à união homoafetiva.

Palavras-chave: União homoafetiva. Legalização. Jurisprudência. Doutrina.

The spouse's succession versus the partner's succession

Abstract: Brazilian's legal system is flawed and negligent when it doesn't regulate some certain legal institutions, in terms of de facto relationships. It will be discussed one of these institutes, namely the Homosexual Union. This kind of relationship has existed since the beginning, but only in the twentieth century, countries began to recognize it legally. The legal recognition of an institute of this amount is a big step toward greater legal certainty. With this in mind, will be pointed countries that have legalized Homosexual Union, beyond doctrine's and jurisprudence position in Brazil, as well as bills that sought to legalize Homosexual Union in Brazil, and the recent Supreme Federal Tribune about the homosexual union.

Key words: Homosexual union. Legalization. Jurisprudence. Doctrine.

Introdução

Denomina-se sucessão os procedimentos feitos para a partilha dos bens de uma pessoa que morreu ou foi judicialmente declarada ausente. Estes procedimentos englobam desde a arrecadação dos bens, a designação dos herdeiros legítimos e legatários, até a abertura da sucessão definitiva e a partilha dos bens.

* Graduada do curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha – FSG.

Na questão sucessória, somente com a Constituição Federal de 1988 é que a união estável foi reconhecida como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. A Constituição também regrou que todos os filhos – adotados, havidos fora do casamento ou dentro dele – como iguais e merecedores dos mesmos direitos e qualificações.

Em ambos os casos modificados pela Constituição não haverá discriminação entre filhos adotivos, tidos fora do casamento ou filhos que anteriormente eram reconhecidos como legítimos ou diferenciação a da união estável para casamento.

1 Breve conceituação

1.1 Sucessão

Sucessão significa substituição, ou seja, alguém tomará o lugar de outrem num contrato ou negócio jurídico. Esta substituição pode ocorrer de duas formas: *inter vivos*¹ ou *causa mortis*. Trataremos somente da segunda forma, onde a sucessão é decorrente da morte.

A sucessão por *causa mortis* trata do procedimento de partilha de bens deixados por uma pessoa que faleceu aos seus herdeiros ou legatários e pode ser subdivida em sucessão do cônjuge² e sucessão do companheiro.³

1.2 Família

Pode-se conceituar família sob dois aspectos diferentes: em sentido amplo, família são todos os descendentes de uma pessoa em comum, ou em sentido restrito, constituem família somente o casal e seus filhos.

O Código Civil de 2002 *requer que haja o objetivo de formar família*, não especificando a obrigatoriedade de procriação ou adoção como fator determinante à constituição de uma família.

Porém, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) é que melhor define família, dizendo que família é a relação íntima de afeto.

¹ A sucessão *inter vivos* ocorre por contrato de compra e venda, doação, etc.

² São denominados cônjuges os casais um em relação ao outro e vice-versa, grife-se que ambos devem ser de sexos opostos.

³ Companheiro é o nome dado à pessoa que convive sob união estável com outra pessoa; grife-se que os companheiros devem ser um homem e uma mulher.

2 Cônjuge x companheiro: a visão mais doutrinária

2.1 Cônjuge x companheiro

Na ocasião da sucessão do cônjuge, este tem direito a receber no mínimo, 50% da herança; este percentual pode ser maior se o cônjuge supérstite concorrer com os outros herdeiros⁴ ou for favorecido por legado (testamento).

O cônjuge sobrevivente não possui apenas o usufruto dos bens, mas tem direito à parte destes por sucessão, sendo que este direito só é válido para sucessões abertas após a vigência do novo Código Civil.

Por outro lado, a sucessão do companheiro foi tratada pela Lei 8.971/94 – que regula os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão – e pela Lei 9.278/96 – que regula o § 3º do art. 226 da CF – praticamente equiparando a união estável ao casamento. O Código Civil de 2002 trata do assunto nos arts. 1.723 a 1.726 e 1.790.

O art. 1.790 versa claramente em seu *caput* que a sucessão do companheiro só será admitida quanto aos bens adquiridos onerosamente durante o tempo de convivência, separando todo o patrimônio obtido antes da união estável. *Mesmo que o companheiro concorra com sucessores colaterais, ele terá parte somente dos bens adquiridos onerosamente durante a união*,⁵ enquanto tal fato não se aplica ao casamento.

Para Venosa (2007, p. 119), “o correto, como já fazia a Lei n. 8.971/94, art. 2º, III, teria sido colocar o companheiro sobrevivente à frente dos colaterais, na sucessão do *de cuius*. [...] Em suma, o Código Civil regulou o direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza imensa, de forma tão encolhida, tímida e estrita, que se apresenta em completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito sobre a questão.”

O direito de sucessão (tanto do cônjuge quanto do companheiro) se encerra não apenas com a dissolução do casamento, mas também com a separação de fato por mais de dois anos, não podendo o cônjuge ser deserdado.⁶

⁴ Cabe ao cônjuge quinhão igual aos dos que sucederem por cabeça, assim, não pode a sua quota ser menor, se os herdeiros em questão forem ascendentes do *de cuius*, além disso, a lei não faz distinção quanto ao regime de bens adotado pelo casal, ou seja, em qualquer regime o cônjuge tem direito à concorrência na sucessão.

⁵ Grifo nosso.

⁶ Não é possível fazer analogia dizendo que o cônjuge pode ser deserdado, pois se trata de uma restritiva de direito. A omissão da lei fica sem qualquer possibilidade de solução, pois as hipóteses de deserdação tratadas na lei não seriam aplicáveis ao cônjuge.

2.2 E o companheiro homoafetivo?

Nos dias modernos temos duas opções, podemos nos agarrar a visões tradicionais de casamento, onde são exigidos um homem e uma mulher ou podemos evoluir e compreender que a parentalidade envolve duas pessoas independentemente do sexo destas.

Quando se trata de igualdade entre casais heterossexuais e homossexuais uma argumentação básica refere-se ao tratamento que devem ter os homossexuais quanto aos seus direitos, direito de demonstrar seu afeto em público, mutuo compromisso, direito de desfrutar de uma vida em família, que pode ou não incluir crianças, devendo receber tratamento igualitário também em relação à segurança e benefícios financeiros segurados as famílias heterossexuais.

O Direito não regula sentimentos, contudo dispõe sobre os efeitos que conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a união estável, outras ficando à margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a criada relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante.⁷

Com base no referido texto do Min. Ruy Rosado de Aguiar, pode-se avaliar que para o Direito não importa se um casal é formado por um homem e uma mulher, duas mulheres ou dois homens, somente são relevantes as consequências advindas desta relação, se assim não fosse, não só a população, mas também o judiciário iria contra a garantia constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), a liberdade e igualdade sem distinções preconceituosas (CF, art. 5º) e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (CF, art. 5º, X).

Conforme o relator Teixeira Leite em um de seus julgados no TJSP:

As relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo sempre existiram. Antes, na grande maioria dos casos, à sombra da execração pública. Hoje, à luz dos princípios democráticos de igualdade, liberdade e, especialmente, de valorização da dignidade da pessoa humana, cada vez mais, homens e mulheres podem manifestar livremente sua opção sexual e afetiva por pessoas do mesmo sexo. Certamente a situação atual está muito distante do ideal. Há ainda preconceito, não se pode negá-lo. Mas, no campo jurídico, as conquistas dos homossexuais são notáveis. E não poderia ser diferente.

⁷ Giorgis *apud* STJ, 4ª Turma, REsp 148897/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

Ainda neste mesmo pensamento do relator, autores corroboram que para configurar a existência de um relacionamento baseado na vida comum, coabitação e laços afetivos tornando esse convívio uma entidade familiar, independente do sexo dos companheiros, sem que nada possa desqualificar tal reconhecimento.

Para Maria Berenice Dias, o que ocorre nos dias de hoje é o arraigado conceito de família como duas pessoas – de sexos opostos – casadas e com seus filhos.

Podemos fazer um comparativo com a união estável antes de ser permitida pela legislação, quando os tribunais decidiam pela partilha dos bens desde que comprovado esforço comum dos concubinos para adquirir tais bens. O mesmo raciocínio deve ser feito na questão da homoafetividade, uma vez que há mútua colaboração e relação envolta em afetividade, sob pena do enriquecimento ilícito de uma das partes.

Conclui-se que a lei não deve ser fonte de preconceitos, perseguições ou privilégios; deve ser instrumento regulador da vida social, que necessita tratar todos igualmente.

3 O judiciário bate o martelo

3.1 No caso dos cônjuges

AGRAVO INTERNO. SUCESSÕES. DECISÃO QUE EXCLUIU OS NETOS DA SUCESSÃO, EM RAZÃO DE QUE O PAI DESTES OS PRECEDE, PORQUANTO AINDA VIVO. ALEGAÇÃO DE QUE OS NETOS SUCEDEM POR REPRESENTAÇÃO À GENITORA, NORA DO INVENTARIADO. A comunicação de bens por força do regime adotado no casamento não pode ser confundida com transmissão de herança, operando-se essa somente com relação ao cônjuge herdeiro. Assim, não pode a esposa do herdeiro ser havida também como herdeira do ‘de cujus’, não havendo, por isso, que se falar em direito de representação. Ademais, o direito de representação se dá quando houver herdeiro pré-morto ao inventariado, o que sequer ocorre no caso dos autos, já que a nora faleceu anos após seu sogro. Todavia, não se pode perder de vista que, quando do óbito do sogro, a herança se transmitiu ao cônjuge-herdeiro, por força do princípio da *saisine*, e quando ainda não estava extinta a sociedade conjugal. Assim, eventual direito da cônjuge falecida à metade do quinhão que recebeu por decorrência da comunicação dos bens é questão que deve ser objeto de pleito no inventário desta.⁸

⁸ Agravo Interno nº 70025930892, 7ª Câmara Cível do TJRS, Lagoa Vermelha, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 10.09.2008.

3.2 E os companheiros?

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. INVENTÁRIO. SITUAÇÃO REGIDA PELO CÓDIGO CIVIL EM VIGOR NA DATA DA ABERTURA DA SUCESSÃO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO AO DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA, COM A EXCLUSÃO DOS PARENTES COLATERAIS DA SUCESSÃO. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO, À LUZ DO REGRAMENTO DISPOSTO NO CÓDIGO CIVIL VIGENTE, APLICÁVEL À ESPÉCIE. NÃO INCIDÊNCIA DA REGRA PREVISTA NO ARTIGO 1.790, III, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO AO COMPANHEIRO E AO CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE. PEDIDO DE ALVARÁ PARA VENDA DE AUTOMÓVEL DE PROPRIEDADE DO FALECIDO. POSSIBILIDADE.

1. 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.

2. 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 à 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.

3. Reconhecimento da companheira supérstite como herdeira da totalidade dos bens deixados por seu companheiro que se impõe, já que inexistentes herdeiros ascendentes ou descendentes, com a conseqüente exclusão dos parentes colaterais da sucessão.

4. Venda de automóvel de propriedade do falecido que deve ser autorizada.

*Recurso provido.*⁹

3.3 Mas os homossexuais...

INVENTÁRIO. Inventariante. Sociedade de fato entre casal homossexual reconhecida por sentença transitada em julgado. Negativa, todavia, de reconhecimento da condição de herdeiro ao companheiro sobrevivente. Art. 226 §3 CF e 1723 CC. Ainda que não se denomine a união homoafetiva de união estável, por obstáculo da lei, há que se lhe reconhecer os mesmos direitos. Princípios da igualdade, liberdade e proteção da dignidade da pessoa humana. Art. 1º III e 5º CF. Vedação da discriminação em razão da orientação sexual do indivíduo. Casal que manteve convivência pública, contínua e duradoura por 20 anos, extinta apenas com a morte de um deles. Ausência de parentes sucessíveis.

⁹ Agravo de Instrumento nº 70028139814, 7ª Câmara Cível do TJRS, Porto Alegre, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 15.04.2009.

Direito de herdeiro que se reconhece ao companheiro sobrevivente, nomeando-se-o inventariante e prosseguindo-se no inventário. Recurso provido.¹⁰

4 Quando a doutrina, a legislação e o judiciário encontram-se

Um princípio constitucional é um alicerce normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico.

Os principais princípios constitucionais relativos à família, casamento e a união estável estão elencados nos arts. 226 a 230 da Constituição Federal e conforme a seguir: o reconhecimento da família como instituição básica da sociedade e como objeto especial de proteção do Estado; a existência e a permanência do casamento como base, embora sem exclusividade, da família; é competência da lei civil para regular os trâmites do casamento e sua dissolução; há a igualdade jurídica dos cônjuges, extinguindo a figura do pátrio poder; o reconhecimento da união estável de um homem e uma mulher, e da comunidade formada pelos pais e seus descendentes; a possibilidade de divórcio; o direito de formação e planejamento familiar, com base no princípio da paternidade responsável, devendo o Estado despender recursos educacionais e científicos para tal; a igualdade jurídica dos filhos; a proteção da infância; atribui aos pais dar assistência, criação e educação aos filhos e a proteção do idoso.

Além dos princípios já citados, temos os de caráter universal, que se aplicam a todos os indivíduos e famílias, que são a dignidade humana; a liberdade; a igualdade e respeito à diferença; a solidariedade familiar; a proteção integral as crianças, aos adolescentes e aos idosos; a proibição de retrocesso social e a afetividade.

Nesse contexto, a doutrina sempre defende o direito das minorias rejeitadas ou deixadas de lado, como foi o exemplo da união estável, que até a promulgação da Constituição Federal era considerada errônea e imoral, mas após a Constituição e o Código Civil a união estável passou a ser garantida em lei os direitos que a jurisprudência já assegurava e a doutrina insistia que deveriam existir. Assim será com a união homoafetiva, nossa jurisprudência, ainda um pouco tímida, e nossa doutrina, nada tímida, já tem protestado e aceitado como existente os direitos de sucessão, previdência, patrimônio, etc., dos casais.

¹⁰ Agravo de Instrumento nº 633.742-4/1-00, 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP, São Paulo, Rel. Teixeira Leite, j. 29.06.2009.

A primeira jurisprudência apresenta o caso de netos que tentaram conseguir uma parte da herança do avô falecido para si e para sua mãe, nora do *de cuius*. Por óbvio, o agravo foi negado, pois não cabe a nora receber herança de seu sogro, cabe ao marido desta receber herança de seu pai, fato que já havia ocorrido, e também não foi garantido o direito aos netos que não sucedem o avô, pois o pai (filho do *de cuius*) está vivo e neste sentido o Código Civil é claro ao regular que os herdeiros mais próximos excluem os mais distantes.

A jurisprudência seguinte trata de um agravo solicitando a totalidade da herança para a companheira, pois seu companheiro não tinha descendentes nem ascendentes. Tal ação solicitava que fossem excluídos os herdeiros colaterais, pois a companheira sobrevivente é uma herdeira necessária e o falecido já tinha expressado oralmente em vida o desejo de que todos os bens adquiridos ficassem com sua companheira caso ele falecesse antes dela, com exceção de um bem que o *de cuius* deixaria para seu afilhado por testamento, como foi feito, o acórdão foi favorável à companheira.

O último acórdão trata do inventário de uma sociedade de fato composta por dois rapazes, o tribunal não reconheceu o companheiro supérstite como herdeiro, porém, por analogia com a união estável e pelos princípios constitucionais a sentença foi favorável ao companheiro, pois viveram por vinte anos uma união contínua, duradoura e pública, que somente acabou com o óbito de um deles.

5 Linha do tempo da evolução jurídica

5.1 Direito de sucessão do cônjuge supérstite

O Código Civil de 1916 condicionava a sucessão do cônjuge ao casamento ainda vigente; somente excluía-se da sucessão o cônjuge que estivesse desquitado ou divorciado na época do óbito. No caso de os casais separados de fato, mesmo que convivendo cada qual em concubinato com terceiros, cada um herdaria sua parte se o cônjuge falecesse sem deixar herdeiros necessários e sem testamento.

Ainda no Código Civil de 1916, o cônjuge vinha em terceiro lugar na vocação hereditária e não estava entre os herdeiros necessários, ou seja, o falecido poderia excluí-lo da sucessão se assim quisesse.

A Lei Feliciano Penna – Decreto 1.839 de 1937 – alterou essa tendência ao dispor que o cônjuge deveria vir antes dos sucessores colaterais.

Somente em 1962, com a Lei 4.121, o Código Civil de 1916 foi alterado, no tocante ao cônjuge sobrevivente, ao regular que o cônjuge supérstite, se casado em regime de bens diferente da comunhão universal – neste caso teria direito à meação – teria direito ao usufruto de $\frac{1}{4}$ dos bens do cônjuge falecido, se o *de cujus* tivesse filhos com o cônjuge viúvo ou com outra pessoa; no caso de não haver filhos, o cônjuge teria usufruto de metade dos bens enquanto durasse sua viuvez.

O Código Civil atual beneficia o cônjuge sobrevivente com o direito real de usufruto da sua parcela dos bens herdados, independentemente do regime de bens adotado pelo casal e da cessação do estado de viuvez, além de incluir o cônjuge como herdeiro necessário também o colocar nas duas primeiras classes preferenciais podendo concorrer com os descendentes e ascendentes.

5.2 Direito de sucessão do companheiro sobrevivente

O Código Civil de 1916 não contemplava o relacionamento de pessoas não casadas como se casadas fossem, além de hostilizar tal relacionamento.

A Lei 4.121/62 deu nova redação ao art. 263 do Código Civil de 1916, mas foi somente a Lei 8.971 de 94 com complementos da Lei 9.278 de 1996 que equiparou a união estável ao casamento, conferindo aos companheiros os mesmos direitos dos cônjuges.

O Código Civil de 2002 traz uma parte específica sobre a união estável, caracterizando impedimentos e deveres dos companheiros, além de regular sobre o regime de bens adotado pelos companheiros.

5.3 A homossexualidade na história

A homossexualidade sempre existiu, tendo sido encontrados vestígios dela desde os povos mais primitivos e nas civilizações mais antigas, como a romana, egípcia e assíria, até o ponto que o cristianismo converteu a homossexualidade em anomalia, fato repugnante, etc.

Nos dias atuais o tabu começou a ser quebrado. Estudos psicológicos revelam que a homossexualidade é um distúrbio de identidade formado por vários fatores diferentes e não é hereditário, nem opção consciente e muito menos uma doença.

Para o psicanalista Helmut Thielick, são as épocas que produzem as crenças, exemplificando com a “existência” em bruxas e bruxaria em

séculos passados; portanto, elas eram “verídicas”. Nos últimos séculos, as pessoas foram classificadas por classes, sexuais entre outras, desvalorizando e degradando algumas, supervalorizando outras. Porém, não podemos residir no passado. Nossa “justiça deve ser justa”, Citando Giorgis (apud Costa), Thielick acredita as classificações em heterossexuais, bissexuais e homossexuais serão figuras curiosas, nos museus de mentalidades antigas, e na vida terão desaparecido, como rostos de areia no limite do mar.

5.4 O direito dos casais homoafetivos no mundo

Alguns países reconhecem a união de casais homoafetivos.

A Dinamarca foi o primeiro país a legalizar a união homoafetiva, em 1989, mas permite a adoção de casais homoafetivos somente se a criança for filho(a) biológico(a) de um dos pais e nascido(a) como fruto de relação anterior. Nove anos após, a França se tornou o primeiro país católico a reconhecer a união homoafetiva, garantindo direito à imigração, sucessão e à declaração de renda conjunta. Dois anos após, o casamento homossexual e a adoção foram legalizados na Holanda.

Em novembro de 2004, o Parlamento Britânico aprovou o casamento homoafetivo, tendo praticamente todos os direitos e deveres dos casais heterossexuais. Desde 2001, Londres celebrava cerimônias de registro de união de gays e lésbicas sem efeitos legais; em 2007, a rainha anunciou que serão registrados como tendo duas mães biológicas os filhos de casais de lésbicas quando uma delas engravidar por métodos artificiais.

Em 2005, o Congresso Espanhol aprovou o casamento de duas pessoas do mesmo sexo. Em 2006, a primeira criança foi adotada por um casal homoafetivo e, em 2009, Lluna, foi a primeira criança do mundo a ser registrada por duas mães biológicas.

Em 2006 a Bélgica aprovou legislação permitindo a adoção de crianças por casais homossexuais, três anos depois de a lei que aprovou e legalizou o casamento de pessoas do mesmo sexo ter entrado em vigor. No mesmo ano foi aprovada a união civil homossexual na cidade do México: essa união civil mexicana dá direito à pensão, propriedade, herança e direitos de família, mas não permite o casamento ou adoção de crianças.

Em 2008, a Argentina concedeu aos viúvos homossexuais o direito de ganhar a pensão do companheiro falecido se comprovarem que moraram juntos por pelo menos cinco anos.

Também em 2009 o Tribunal Constitucional colombiano decidiu que os casais homossexuais que vivem sob a união de fato terão direitos iguais – civis e políticos, proteção da morada da família e benefícios do Estado.

Nos Estados Unidos, a legalização ainda não se deu completamente, mas alguns estados já aprovaram a união de pessoas do mesmo sexo. A Islândia admite a existência da “parceria registrada”, que permite que os casais homoafetivos registrem seus relacionamentos, sendo tratados legalmente, praticamente, como se fossem casados, porém não podem adotar crianças. Já a Noruega, que também permite a “parceria registrada”, destacou-se em 17 de junho de 2008 ao aprovar lei que permite que o casal homoafetivo adote crianças, com 23 votos a favor e 17 votos contra.

6 A decisão do Supremo Tribunal Federal

Em 4 e 5 de maio de 2011, o STF proferiu decisão de constitucionalidade da união estável homoafetiva, com votos de ministros como Ayres Brito, Luiz Fux, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, dentre outros.

Os ministros haviam sido provocados pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, de autoria da Procuradoria-Geral da República, na pessoa do Procurador da República. A Procuradoria requereu a utilização análoga do artigo 1.723 do Código Civil, que dita que é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar. Neste sentido, por analogia, todos os ministros se pronunciaram a favor do reconhecimento da união estável homossexual como entidade familiar, tendo em vista os princípios de Direitos Humanos e direitos fundamentais previstos na CF.

Assim, nas palavras do ministro Luiz Fux: “Daremos a esse segmento de nobres brasileiros, mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade”. E ainda, considerou que a presente decisão simboliza um momento transitório ao qual os legisladores omitiram-se quando da promulgação da CF/1988 e do CCB/2002, sendo que este último tinha em seu anteprojeto menções a união homoafetiva, que foram retiradas quando da promulgação do Código.”

Assim, a decisão da Corte considera constitucional a união estável homossexual, abrindo precedentes para o estabelecimento de maior segurança jurídica para os pares homoafetivos, não tendo mais motivos para decisões diversas das instâncias inferiores.

Considerações finais

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, o direito de família sofreu diversas alterações, algumas boas e outras ruins.

Embora ambos os diplomas garantam direitos à união estável, percebe-se que o legislador ainda olha com certo descaso para essa entidade familiar, além de não legislar sobre os casais homoafetivos, deixando uma lacuna legal.

O cônjuge obteve mais direitos com o novo Código Civil: o companheiro, antes tratado como concubino, adquiriu direito similar aos do cônjuge, porém ainda é tratado com indiferença pela lei, sempre preferindo o casamento ao invés da união estável. Situação pior sofre o casal homoafetivo, como já citado, que, além de ser discriminado somente pelo fato de divergir do comum, ainda não tem nenhum direito assegurado, usando dos poucos direitos do companheiro, através de analogia, para resolução dos casos concretos, ainda sendo tímido assunto perante os tribunais, mas já dominado pela doutrina, com poucas exceções.

Reconhece-se que os diplomas não têm a maleabilidade de adequar-se à realidade, que avança com velocidade incrível e torna obsoletos os diplomas normativos. Mas assim é o direito brasileiro: pegam-se as disparidades e lacunas normativas, faz-se analogia com outros casos similares, obtêm-se uma resposta e aplica-se ao caso concreto até que alguma lei seja editada e assegure tal direito.

Entretanto, com a recente decisão da Corte guardiã da CF, acredita-se que as decisões contrárias ao reconhecimento da união homoafetiva fiquem arquivadas em locais inacessíveis da mente brasileira. A partir do marco que foi a decisão unânime do STF quanto ao assunto, crê-se que haverá uma maior segurança jurídica para os homossexuais, bem como um passo a menos até a criação e aprovação de uma lei sobre o assunto, não mais deixando brechas para interpretações análogas nos mais diversos sentidos.

Referências

BRAUNER, Maria Claudia Crespo (Org.). *O Direito de Família: descobrindo novos caminhos*. São Leopoldo: Edição da Autora, 2001.

CAHALI, Francisco José. *Família e sucessões no Código Civil de 2002: acórdãos, sentenças, pareceres, normas administrativas e projetos legislativos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. (Coletânea Orientações Pioneiras, v. 2)

DIAS, Maria Berenice. A homoafetividade e a justiça. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?80,14>>. Acesso em: 12 jan. 2010.

_____. Liberdade sexual e direitos humanos. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigios.aspx?62,14>>. Acesso em: 12 jan. 2010.

_____. *Manual de Direito das Família*. 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. O começo do fim da invisibilidade. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigios.aspx?82,14>>. Acesso em: 12 jan. 2010.

_____. homoafetiva será lei. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigios.aspx?59,14>>. Acesso em: 12 jan. 2010.

_____. Vínculos hetero e homoafetivos. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigios.aspx?54,14>>. Acesso em: 12 jan. 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

<http://www.direitohomoafetivo.com.br>. Site criado pela Desembargadora do TJ RS Maria Berenice Dias. Acesso em 12 jan. 2010.

<http://www.mbdias.com.br>. Site do escritório Maria Berenice Dias Advogados. Acesso em: 12 jan. 2010.

<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>. Código Civil Brasileiro – Lei 10.406 de 10/01/02. Acesso em: 13 jan. 2010.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm – Constituição Federal Brasileira. Acesso em: 13 jan. 2010.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, v. 3, n. 9, abr./jun. 2001.

_____, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 15, out./nov./dez. 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*: Lei nº. 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Sílvio, 1917. *Direito Civil*. 25. ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002), com a colaboração de Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002. (v. 7: Direito das Sucessões)

SANTA MARIA, José Serpa de. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. (v. 9: Sucessão)

STF. Ministra Ellen Gracie acompanha voto do relator reconhecendo a união homoafetiva. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178937&caixaBusca=N>>. Acesso em: 28 maio 2011.

_____. Ministro Fux é o segundo a votar pela união homoafetiva. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178858&caixaBusca=N>>. Acesso em: 28 maio 2011.

_____. Ministro Joaquim Barbosa reconhece união homoafetiva com base nos direitos humanos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178888&caixaBusca=N>>. Acesso em: 28 maio 2011.

_____. Relator vota pela equiparação da união homoafetiva estável à entidade familiar. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178787&caixaBusca=N>>. Acesso em: 28 maio 2011.

_____. Sexto voto favorável à união homoafetiva é do ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178918&caixaBusca=N>>. Acesso em: 28 maio 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. ver. e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos das sucessões*. 7. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. (Coleção Direito Civil; v. 7)

WALD, Arnaldo. *O novo Direito de Família*. 15. ed. rev., atual e ampl. pelo autor, de acordo com a jurisprudência e com o Novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002), com a colaboração de Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2004.

Recebido em 29/3/2011. Aprovado em 3/6/2011.