

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO

Patrícia Rauber

O DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO HOMOAFETIVA

Carazinho  
2013

Patrícia Rauber

## O DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO HOMOAFETIVA

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Especialista Claridê Chitolina Taffarel.

Carazinho

2013

*Dedico este trabalho aos meus pais Luis e Vera,  
meus maiores exemplos.*

## AGRADECIMENTOS

*Agradeço a Deus, sem Ele nada disso seria possível.*

*Agradeço aos meus pais, Luis e Vera, que são o maior exemplo de amor, respeito, e caráter e que, apesar da distância, sempre me incentivaram e muito se esforçaram para me proporcionar a conclusão deste sonho.*

*A minha pequena grande irmã Fabi, um exemplo de competência e dedicação, obrigada por todo carinho e amizade ao longo destes anos.*

*Ao Augusto, pelo amor, compreensão, companheirismo, e pelas palavras de incentivo, que não me deixaram desistir nos momentos mais difíceis.*

*A minha querida orientadora Claridê, que foi fundamental desde o direcionamento do tema até a conclusão deste trabalho. E também, aos demais professores da instituição pelos conhecimentos compartilhados.*

*Ao tio Gilmar, meu professor e também meu chefe, que muito me ensinou ao longo destes anos, e também é um grande exemplo de dedicação. E também aos meus colegas de trabalho, por todo ensinamento adquirido, pelo companheirismo e compreensão nos momentos de ausência.*

*As minhas amigas Luana e Ana Paula, por toda amizade e compreensão nos momentos de ausência, e aos meus queridos amigos e colegas de faculdade, que fizeram com que esses anos fossem muito mais divertidos e especiais.*

*Enfim, a todos que me ajudaram de uma ou outra forma a chegar até aqui.*

*Muito obrigada! Não há palavras para expressar minha gratidão.*

*“Época triste a nossa, em que é mais difícil quebrar um preconceito do que um átomo.”*

*Albert Einstein*

## RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo principal analisar as consequências da impossibilidade do casamento homoafetivo no campo do direito sucessório, momento em que a união estável se torna a única opção para estes casais. Para tanto utiliza-se da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial como técnica de abordagem. Historicamente a união estável não era reconhecida como entidade familiar, situação esta que se reverteu com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Mesmo assim, a união estável foi relegada a um plano inferior ao casamento, recebendo os companheiros tratamento diferenciado com relação ao cônjuge. O Supremo Tribunal Federal reconheceu em 2011, as uniões homoafetivas como entidades familiares, conferindo-lhes a possibilidade de constituir união estável. Alguns estados da federação, recentemente, baseados na decisão do Supremo, passaram a admitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, no entanto, a legislação brasileira permanece omissa. Muitas vezes o casal homoafetivo, constitui uma família, constrói um patrimônio, e quando um deles vem a falecer, o companheiro supérstite passa a concorrer com parentes do *de cujus*, que muitas vezes o estigmatizavam em razão da sua orientação sexual. O que se busca demonstrar é a inferioridade com que são tratados os casais homoafetivos com relação aos heteroafetivos especialmente no direito sucessório. A necessidade de essas relações serem protegidas pelo Estado Democrático de Direito através da aplicação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Casamento. Família. Relacionamento Homoafetivo. Sucessão dos casais homoafetivos. União estável.

## LISTA DE ABREVIATURAS

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art.: Artigo

CC: Código Civil

CF: Constituição Federal

DF: Distrito Federal

RJ: Rio de Janeiro

RS: Rio Grande do Sul

STF: Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1. A UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR</b> .....	11
1.1 Evolução histórica das entidades familiares .....	11
1.2 O casamento e a união estável homoafetiva na legislação atual em comparativo com as legislações anteriores .....	15
1.3 O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar .....	19
<b>2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FRENTE AO CASAMENTO E À UNIÃO ESTÁVEL</b> .....	29
2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana: .....	31
2.2 Princípio da isonomia – direito à igualdade .....	37
2.3 Princípios especiais – peculiares ao direito de família.....	44
<b>3. O DIREITO SUCESSÓRIO NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA</b> .....	53
3.1 Condições para o casamento e requisitos da união estável .....	53
3.2 Dos regimes de bens .....	59
3.3 Efeitos patrimoniais – o direito sucessório no casamento e na união estável e na união homoafetiva – a desigualdade da partilha no casamento e da união estável.	65
<b>CONCLUSÃO</b> .....	77
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	81

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, através de seus objetivos e princípios, proporciona aos cidadãos que a ela se submetem uma vasta gama de direitos e garantias, os quais constituem os fundamentos de Estado Democrático de Direito.

A metodologia de estudo consistirá na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, de forma gradativa, onde se buscarão fontes sobre o assunto em um contexto histórico cultural, bem como no contexto social atual, analisando o desenvolvimento do conceito das entidades familiares, com ênfase nos princípios constitucionais e os peculiares às relações familiares, e análise aos regimes de bens e direito sucessório. Além disso, basear-se-á em decisões recentes do Supremo Tribunal Federal e jurisprudências dos tribunais pátrios. O método a ser utilizado para a abordagem da pesquisa será o hipotético dedutivo, o qual se baseia em uma verdade geral e universal para a obtenção da verdade em casos particulares e específicos.

Nesta senda, no primeiro capítulo, far-se-á um breve apanhado histórico a respeito das entidades familiares, abordando a forma de constituição, que se iniciou exclusivamente sob a forma de casamento, e sob a liderança do homem mais velho na família, de forma que a mulher foi relegada a um plano inferior.

Será abordada também a questão da existência ou não de relacionamentos homoafetivos, e o status que lhes eram relegados pelas sociedades da antiguidade.

Ainda no primeiro capítulo, far-se-á um estudo a respeito da formação da entidade familiar, a forma como eram constituídas as famílias nos moldes da sociedade antiga, e sua evolução, até chegar às famílias constituídas através da união estável.

Sob este prisma, analisar-se-á a possibilidade de reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares e, conseqüentemente, possibilitar que, em tais relacionamentos, seja reconhecida a união estável ou até mesmo o casamento.

No segundo capítulo deste trabalho, serão abordados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, inclusive, dos cônjuges e companheiros, além de alguns princípios que são peculiares ao direito de família, quais sejam, o princípio da solidariedade familiar, da função social da família, o princípio da igualdade entre os filhos, princípio do afeto, amplamente voltado às relações familiares, o princípio da busca da felicidade, o qual não se encontra positivado em nossa legislação, mas sobrepõe-se como um fim da sociedade como um todo e, finalmente, o princípio da liberdade, o qual de uma forma ou outra fundamenta a presente pesquisa.

No terceiro capítulo, aprofundando-se no assunto objeto da presente pesquisa, será feita uma abordagem das condições de existência do casamento e dos requisitos da união estável.

Na sequência, abordar-se-ão os regimes de bens existentes no direito civil brasileiro e os efeitos que cada um deles terá no campo patrimonial, tanto no casamento como na união estável, onde será possível visualizar se há ou não tratamento diverso concedido a cada um dos institutos, e quais são as consequências desta diversidade de tratamento aos casais homoafetivos, especialmente no campo sucessório, demonstrando as diferentes hipóteses de concorrência do companheiro sobrevivente com os demais parentes do falecido.

O objetivo deste trabalho se dá, principalmente, no fato de que se evidencia a existência de famílias homoafetivas na sociedade atual, e é necessário que o Estado ofereça proteção a estas famílias, assim como o fez com o instituto da união estável na Constituição de 1988.

Enquanto a legislação brasileira não se posicionar a respeito da possibilidade do casamento homoafetivo, a única alternativa para a formação de uma família é a união estável.

E este é o ponto que justifica o presente trabalho, uma vez que se faz necessário que sejam respeitadas as diferenças. Sejam observados os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Todos devem ter o direito e a liberdade de escolher, e isso deve ser respeitado por todos, sem interferência de qualquer pessoa, questões estas que devem ser observadas e protegidas pelo Estado Democrático de Direito.

Os casais heterossexuais têm a liberdade de escolher entre casar ou constituir uma união estável e, ao fazer a opção, estão cientes das consequências que isso trará.

Alguns autores sustentam, inclusive, que os dois institutos são diferentes e não devem ser igualados, uma vez que, se o legislador assim o quisesse, não teria criado dois institutos distintos, com efeitos diversos, facilitando inclusive, a conversão da união estável em casamento.

No entanto os casais homoafetivos só podem constituir a união estável, e não tem liberdade essa liberdade de escolha, entre constituir uma união estável ou casar.

Desta forma, o presente estudo justifica-se na medida em que se torna possível a análise acerca da ocorrência de ofensa aos princípios constitucionais, formulando-se uma reflexão acerca da temática, posto que é fator pertinente o debate de questões como esta, levando-se em conta as constantes evoluções pelas quais a sociedade diariamente passa e a necessidade da legislação acompanhar estas mudanças.

## 1. A UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

Neste capítulo, será feito um breve apanhado histórico da evolução das entidades familiares, analisando o casamento e a união estável na legislação atual em comparativo com as legislações anteriores, até chegar ao momento do reconhecimento da união homoafetiva como uma entidade familiar.

A evolução da sociedade como um todo gera efeitos no campo familiar, o que tornam necessárias as alterações legislativas, como forma de assegurar direitos às pessoas que à lei se submetem.

### 1.1 Evolução histórica das entidades familiares

A sociedade, de modo geral, passa diariamente por significativas mudanças, o que nos leva a uma constante evolução e, neste título, faremos um breve apanhado histórico da evolução das entidades familiares, desde a família romana, onde o pai exercia o poder soberano sobre os demais membros da família, passando pela revolução industrial, em que as famílias passaram a exercer atividades econômicas, até os dias de hoje, onde a família é formada não somente pelo pai, mãe e filhos, mas também por um pai ou mãe que educam seus filhos sozinhos, ou a família homoafetiva, que tem sido reconhecida como entidade familiar pelos tribunais e doutrinadores.

“Entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteraram no curso dos tempos.” (VENOSA, 2011b, p. 3).

Diversas foram as formas de constituição de família. No direito romano, a família era um grupo de pessoas, dentre elas, mulher, filhos, netos e respectivos bens, que se submetiam à autoridade de um único chefe, o *pater familias*. A mulher

era submetida às ordens do marido, não tinha autoridade alguma, como se fosse uma filha. (grifos do autor) (RIZZARDO, 1994, p. 22).

O pai era o chefe da família e todas as decisões eram tomadas por ele. A mulher submissa não tinha autonomia alguma. É o que observa Pereira C.:

O pater era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava e oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vende-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manumariti*) nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à esposa, sem alteração da sua capacidade; não tinha direitos próprios [...] (grifos do autor) (2007, p. 26).

No entanto, com o passar do tempo, essa forma de constituição de família foi se modificando, as regras tornaram-se menos severas, e as necessidades militares fizeram com que os filhos passassem a construir um patrimônio independente, constituído pelos bens adquiridos como soldado. (PEREIRA, C., 2007, p. 27).

A família monogâmica desempenhou um importante papel no impulso social, uma vez que em seus próprios lares construía pequenas oficinas onde desempenhavam atividades para auferir renda e garantir o próprio sustento, o que se tornou um fator econômico de produção, situação esta, que se reverteu somente com a Revolução Industrial, a qual fez surgir um novo modelo de família, onde o papel econômico não mais era tão relevante, passando a família a ser uma “instituição na qual mais se desenvolvem os valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre seus membros.” (BOSSERT-ZANNONI apud VENOSA, 2011b, p. 3).

Desde o início dos tempos, a forma mais comum de constituição da família, era a união de um homem com uma mulher que, posteriormente, vinham a ter filhos, e se utilizavam do casamento para a formalização destas uniões.

Para o direito, e principalmente para a sociedade, a única maneira de constituir uma família legítima, era através do casamento, uma vez que as nossas

leis foram fortemente influenciadas pelo direito canônico e pela igreja, onde o casamento religioso é um sacramento, que não pode ser desfeito, e somente através dele se dá a união aprovada pela igreja.

Os canonistas eram e ainda hoje são contra o divórcio, pois o consideram um “instituto contrário à própria índole da família e ao interesse dos filhos, cuja formação prejudica”, sendo o matrimônio muito mais que um contrato, um acordo de vontades, mas também um sacramento. (WALD, 2000, p.12).

Já os romanos, ao contrário, entendiam ser necessário o vínculo de afetividade no seio familiar, cuja ausência era motivo suficiente para o rompimento da sociedade conjugal. É o que cita Gonçalves:

Em matéria de casamento, entendiam os romanos necessária a *affectio* não só no momento de sua celebração, mas enquanto perdurasse. A ausência de convivência, o desaparecimento da afeição era, assim, causa necessária para a dissolução do casamento pelo divórcio. Os canonistas, no entanto, opuseram-se à dissolução do vínculo, pois consideravam o casamento um sacramento, não podendo os homens dissolver a união realizada por Deus: *quod Deus conjunxit homo non separet*. (grifos do autor) (2011b, p. 32).

Da mesma forma que para a maioria das civilizações antigas o casamento era indissolúvel, e era a única forma de constituição de família, a homossexualidade era repudiada pela sociedade. Diversas foram as formas de preconceito, era visto como pecado, bruxaria e até como doença. Mas nem sempre foi assim.

A relação atualmente denominada homoafetiva na antiguidade não era condenada. Na maioria das civilizações clássicas antigas, a sexualidade era irrelevante, o afeto entre homens era aceito no mundo antigo. (VENOSA, 2011b, p. 429).

A homossexualidade sempre existiu, e é tão antiga quanto a heterossexualidade. O que acontece é que a sociedade, mesmo não admitindo, nunca ignorou a existência desta forma de relacionamento, e como cita Dias, “se nunca foi aceita, sempre foi tolerada”. (DIAS, 2011, p. 33).

Nas civilizações antigas, a homossexualidade sempre foi amplamente aceita, “na Grécia, o livre exercício da sexualidade era parte do cotidiano de deuses e heróis” (DIAS, 2011, p. 34).

Além de aceita nas civilizações antigas, a bissexualidade era tida como privilégio de pessoas bem nascidas, como demonstra Souza in Dias:

[...] a bissexualidade estava inserida no contexto social, e a heterossexualidade aparecia como preferência de certo modo inferior e reservada à procriação. Vista como uma necessidade natural, a homossexualidade restringia-se a ambientes cultos, como manifestação legítima da libido, verdadeiro privilégio dos bem-nascidos. (2011, p. 34).

A partir do advento do cristianismo, o sexo passou a ser visto “como pecado e apenas admitido no âmbito matrimonial e exclusivamente para a procriação, visando à formação familiar.” (DIAS, 2011, p. 36).

Com o decorrer do tempo, houve significativas mudanças no sentido de termos uma sociedade menos homofóbica. A laicização do Estado, onde a igreja perdeu parte da influência que tinha sobre a sociedade, o afeto passou a ser mais valorizado nos relacionamentos, e, com isso, o casamento acabou deixando de ser indissolúvel, o prazer sexual deixou de ser um ato tido como criminoso, e a orientação sexual passou a ser tida como uma opção e não, como um ilícito. (CZAJKOWSKI apud DIAS, 2011, p. 40).

Poucas matérias jurídicas sofrem tantas mudanças como o direito de família, o que ocorre em face da evolução social. Até pouco tempo atrás tínhamos como algo normal a família comandada unicamente pelo homem, geralmente o mais velho, sendo a mulher nesta relação submissa, as uniões que não fossem pelo casamento, conhecidas como concubinato, eram tidas como algo imoral, da mesma forma a homoafetividade, que já foi muito repudiada pela sociedade, e aos poucos vem sendo aceita. Prova da nossa evolução como seres humanos, aceitando as diferenças e mostrando o merecido respeito.

## **1.2 O casamento e a união estável homoafetiva na legislação atual em comparativo com as legislações anteriores**

O direito de família é uma matéria que vai se adaptando à realidade vivida pela sociedade, este é o motivo da sua constante evolução. A sociedade vai passando diariamente por mudanças, e o direito acompanha essa mutação. De todos os ramos do direito, o direito de família é o que mais evolui, o que mais passa por constante evolução.

Elaborar um Código Civil foi uma determinação da nossa primeira Constituição, e após diversas tentativas frustradas de elaborar o referido diploma legal, em 1899, Clóvis Beviláqua foi designado para elaborar um novo Projeto, que depois de longa tramitação, em 1º de janeiro de 1916, foi promulgado, e um ano após, entrou em vigor. Nesta época, o Brasil se encontrava sob o domínio político das elites agrárias, traduzindo então, “a ideologia dessa sociedade, que se preocupava muito mais com ter do que com ser.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 63).

Reproduzindo esse modelo de sociedade do início do século passado, o Código Civil de 1916 reconheceu como família, somente aquela constituída através do casamento, que era indissolúvel. Para proteger a integridade da família e do patrimônio familiar, filhos havidos fora do casamento não eram reconhecidos, e, chamados de “ilegítimos”, não tinham direitos sucessórios. (grifo do autor) (DIAS, 2008, p. 16).

Tão clara se faz essa característica patrimonialista, que dos 290 artigos da parte destinada ao Direito de Família, 139 tratavam de relações pessoais, enquanto 151 de relações patrimoniais. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 63).

Além desta característica patrimonialista, aqueles que não viviam maritalmente sofriam inúmeras discriminações, tanto da sociedade como da legislação vigente na época. Poderiam ser anuladas, as doações feitas pelo cônjuge

adúltero ao seu cúmplice, que também não poderia ser beneficiário de seguro de vida, nem ser contemplado no testamento<sup>1</sup>. (BRASIL, Código Civil, 1916).

No entanto, esta legislação em vigor, ia de encontro ao que se vivia no Brasil naquela época, onde a maioria das uniões não eram formalizadas. O casamento não é e nunca foi a única entidade familiar juridicamente reconhecida, e sim “uma das várias multifárias formas de manifestação deste belo fenômeno convivencial que é a família.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 406).

Com o passar dos anos, tanto pela impossibilidade de realizar novo casamento religioso, quando dissolvido o primeiro, como pela comodidade, diversas famílias acabaram se formando através da convivência.

O Código Civil de 1916, em seu art. 1.727, descreveu esta forma de união como concubinato “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar constituem concubinato.” (BRASIL, Código Civil de 1916).

Porém, o termo concubinato era tido como pejorativo, e para fugir desta conotação depreciativa que o concubinato teve no passado, frequentemente a lei, a doutrina e a jurisprudência já não se referiam a concubinos, mas a companheiros. (VENOSA, 2011b, p. 38).

Com o advento da Constituição de 1988, como demonstra Venosa, essa denominação deixou de existir, passando a ser chamada de união estável, que é a convivência como se casados fossem. Há um sentido amplo de união de fato, desde a aparência ou posse de estado de casado à notoriedade social, até a ligação adúltera. (2011b, p. 38).

E continua:

---

<sup>1</sup>CC/16. Art. 1.177 - A doação de cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

CC/16. Art. 1.474 - Não se pode instituir beneficiário pessoa que for legalmente inibida de receber a doação do segurado.

CC/16. Art. 1.719 - Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários:

I. A pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge, ou os seus ascendentes, descendentes e irmãos.

II. As testemunhas do testamento.

III. A concubina do testador casado.

IV. O oficial público, civil ou militar, nem o comandante, ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer, ou aprovar o testamento.

Foi longa a escala para a assimilação legal da união estável pelo direito pátrio. A jurisprudência, de início, reconheceu direitos obrigacionais no desfazimento da sociedade conjugal concubinária, determinando a divisão entre cônjuges do patrimônio amealhado pelo esforço comum. Em outras situações, quando isso não era possível para impedir o desamparo da concubina, os tribunais concediam a ela (ou excepcionalmente a ele) uma indenização por serviços domésticos, eufemismo que dizia muito menos do que se pretendeu. O Supremo Tribunal Federal acentuava que esses efeitos patrimoniais decorriam de relações obrigacionais criadas pela convivência do casal, repelindo efeitos do Direito de Família. (2011, p. 39).

A partir de então, passaram a ser reconhecidos alguns direitos às uniões estáveis, que, aos poucos, foram deixando de ser mal vistas pela sociedade.

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, como foi dito, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formulação. Nessa linha, a família socioafetiva vem sendo priorizada em nossa doutrina e jurisprudência. (GONÇALVES, 2011b, p. 32)

No mesmo sentido:

A família não se resume mais ao casamento e à prevalência dos poderes e direitos do chefe da família sobre os seus demais integrantes. A maior dinamicidade das atividades do homem, da mulher e dos filhos confere um novo papel social a cada um desses agentes. (LISBOA, 2004, p. 42).

A família passou a valorizar cada um de seus membros individualmente, destacando-se o vínculo afetivo. A Constituição Federal, atenta a estas mudanças, através dos princípios, ofereceu especial proteção a esta nova forma de família.

Em respeito aos princípios constitucionais, necessárias tornaram-se as alterações legislativas.

O novo Código Civil teve o mérito de entronizar em seu corpo as alterações realizadas pela Constituição Federal no Direito de Família. Desapareceu a figura do marido como chefe do casal, a quem cabia à direção da família e a quem cabia fixar o domicílio do casal. A igualdade entre os cônjuges está disseminada em todo Livro que trata do Direito de Família. A direção da sociedade conjugal é exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. [...] O pátrio poder, função exercida com destaque pelo homem, foi substituído pelo poder familiar, com exercício atribuído aos pais (CC, art.1631). (ROCHA, 2003, p. 21).

Atenta a estas mudanças, a Constituição Federal de 1988 reconheceu em seu art. 226, como entidade familiar, não só a família fundada no casamento, mas também a união estável entre o homem e a mulher, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, dispensando-lhe especial proteção do Estado. Além disso, em seu art. 227, § 6<sup>o</sup>, concedeu aos filhos havidos ou não da relação do casamento ou por adoção os mesmos direitos, vedando quaisquer designações discriminatórias. (BRASIL, 1988).

Venosa discorre sobre o assunto:

Por igual, a própria Constituição reconhece que pode existir família, entidade familiar, fora do casamento e fora da união estável, constituída apenas por um dos genitores e seus descendentes, a chamada família monoparental (art. 226, § 4<sup>o</sup>). A igualdade dos filhos para todos os fins foi devidamente estabilizada. Na verdade, mudou a família e mudamos nós todos na forma como encará-la. O sentido da lei, pouco importando suas falhas formais que paulatinamente serão corrigidas principalmente pelo trabalho dos tribunais, traduz o sentimento social: a lei não se adianta aos fenômenos sociais, vem sempre ao encontro deles. Desse modo, há, sem dúvida, um novo Direito de Família no Brasil, a partir de 1988 [...] (2011b, p. 416).

---

<sup>2</sup> CF/88. Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...]

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

Neste mesmo sentido:

Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminação de filhos, e a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar (PEREIRA, C., 2007, p. 39).

A união estável sempre existiu, porém nem sempre foi regulamentada. Com o decorrer do tempo e com a constante evolução, a doutrina e as jurisprudências foram reconhecendo os direitos dos companheiros, o que fez com que a união estável fosse reconhecida pela nossa Carta Magna como entidade familiar, tema que será tratado no próximo título.

### **1.3 O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar**

A União Estável por muito tempo foi estigmatizada pela sociedade. Num país em que somente as relações formadas pelo casamento eram tidas como legítimas, surgiu a figura do concubinato, cuja definição existe até hoje no Código Civil vigente sendo “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”, o que é diferente da união estável<sup>3</sup>. (BRASIL, Código Civil, 2002).

No entanto, como já mencionado, num país em que a maioria das relações eram “de fato”, coube à doutrina o papel de, “a partir do século XX, tecer posições

---

<sup>3</sup> CC/02. Art. 1.727 - As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

em favor dos direitos dos concubinos, preparando terreno para a jurisprudência e para alteração legislativa”. (VENOSA, 2011b, p. 37).

A Constituição Federal, em seu art. 226<sup>4</sup> deu o grande passo dessa evolução, e reconheceu como entidade familiar a união estável, dando-lhe especial proteção do estado, pondo fim à grande parte do preconceito que existia sobre essa forma de união. (BRASIL, Constituição Federal 1988).

E como bem cita Venosa: “toda criação de direitos em torno da união sem casamento é resultado de longo trabalho jurisprudencial.” (2011b, p. 420).

No entanto, apesar desta grande evolução com relação à união estável, a legislação se omitiu com relação à união homoafetiva, que apesar de estar presente em nosso meio, ainda não encontra respaldo na legislação brasileira, omissão esta que é injustificável.

O não reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, independentemente de nomeá-la união estável ou não, revela a subjetividade e as concepções morais particularizadas dos julgadores e legisladores. Sabemos todos que os julgadores são imparciais, mas não são neutros. Neutralidade é um mito que caiu por terra com o discurso psicanalítico, quando Freud revelou ao mundo a existência do sujeito e do inconsciente. O medo de deparar-se com os próprios fantasmas da sexualidade é que impõe tanta resistência à compreensão de núcleos conjugais homoafetivos como família. (PEREIRA, R., 2012a, p. 202).

A Constituição Federal, ao elencar as entidades familiares, faz referência ao casamento, à união estável entre homem e mulher e à família monoparental, sem fazer referência às uniões homossexuais, e como cita Dias:

A união afetiva de pessoas do mesmo sexo é realidade que ainda não mereceu a atenção do legislador pátrio. A omissão é injustificável e afronta escancaradamente um punhado de princípios constitucionais. Um Estado

<sup>4</sup> CF/88. Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

que se intitula Democrático de Direito não pode desrespeitar seus princípios fundamentais, devendo assegurar a realização das garantias, direitos e liberdades que consagra, sob pena de comprometer sua própria soberania. (2011, p. 80).

Com base nesta omissão, alguns legisladores e a jurisprudência entendem que o fato de não haver proibição sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas, não se abre possibilidade para interpretações diversas daquela de que a lei dispõe, como cita Venosa:

[...] A legislação brasileira em nada proíbe, mas também não regula especificamente essa problemática social. Há, portanto, ainda, um vazio legislativo que convida os tribunais a se debruçarem sobre o tema. A questão maior é saber até que ponto podem as relações homoafetivas ser tratadas como uma modalidade de família, dentro do moderno conceito geral do ora denominado direito das famílias. (2011b, p. 431).

Neste sentido, tem-se a decisão da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde entendem os desembargadores que, apesar do desejo de reconhecer juridicamente os efeitos civis das uniões de pessoas do mesmo sexo, não há possibilidade de convertê-las em casamento, uma vez que o juiz não tem competência para criar uma lei sobre algo que não está regulamentado, mas principalmente porque o casamento trata-se de um instituto antigo, que tem a finalidade de não só regular o patrimônio do casal, mas também da procriação, dos filhos, frutos da união entre homem e mulher.

APELAÇÃO CÍVEL. CASAMENTO HOMOSSEXUAL. HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ENTIDADE FAMILIAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 1.514, 1.517, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL QUE TIPIFICAM A REALIZAÇÃO DO CASAMENTO SOMENTE ENTRE HOMEM E MULHER.

Ao contrário da legislação de alguns países, [...] o direito brasileiro não prevê o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Na hipótese, a interpretação judicial ou a discricionariedade do Juiz, seja por que ângulo se queira ver, não tem o alcance de criar direito material, sob pena de invasão da esfera de competência do Poder Legislativo e violação do princípio republicano de separação (harmônica) dos poderes.

Ainda que desejável o reconhecimento jurídico dos efeitos civis de uniões de pessoas do mesmo sexo, não passa, a hipótese, pelo casamento, instituto, aliás, que já da mais remota antiguidade tem raízes não somente na regulação do patrimônio, mas também na legitimidade da prole resultante da união sexual entre homem e a mulher.

Da mesma forma, não há falar em lacuna legal ou mesmo de direito, sob a afirmação de que o que não é proibido é permitido, porquanto o casamento homossexual não encontra identificação no plano da existência, isto é, não constitui suporte fático da norma, não tendo a discricionariedade do Juiz a extensão preconizada de inserir elemento substancial na base fática da norma jurídica, ou, quando não mais, porque o enunciado acima não cria direito positivo.

Tampouco sob inspiração da constitucionalização do direito civil mostra-se possível ao Juiz fundamentar questão de tão profundo corte, sem que estejam claramente definidos os limites do poder jurisdicional. Em se tratando de discussão que tem centro a existência de lacuna da lei ou de direito, indesejável a abordagem das fontes do direito e até onde o Juiz pode com elas trabalhar [...] (Apelação Cível Nº 70030975098, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relator Des. José Conrado Kurtz de Souza, 30/09/2009).

Como visto em que pese os magistrados reconhecerem a união, teriam a intenção de possibilitar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, e quererem assumir uma posição de vanguarda com relação a estas situações, estão limitados não só pela falta de legislação, mas por um ordenamento jurídico excessivamente positivista que não deixa margem de interpretativa para os juízes atuarem em consonância com a realidade social.

Os tribunais em geral, inclusive, os gaúchos, apesar de terem uma visão muito avançada e terem a fama de pioneiros em determinados assuntos de ordem polêmica, deparam-se com situações que os deixam sem alternativas.

De um lado, a necessidade de atuarem em consonância com a realidade social; do outro, as disposições constitucionais e legislativas que impedem uma interpretação mais amplificada.

No entanto, como vivemos em uma era dos direitos humanos, “o silêncio do legislador não pode significar a inexistência de um direito.” E ante da omissão da lei e da impossibilidade de o juiz omitir-se de julgar, “diferentes, conflitantes e

contraditórias têm sido as soluções encontradas pelos tribunais, ainda que invocando os mesmos princípios constitucionais”. (DIAS, 2008, p. 76).

E como preconiza Venosa, em questões desse nível, necessário se faz que entrem em debate princípios constitucionais como o da dignidade e da igualdade. E continua:

Resolve-se a denominada Nova Retórica, cujos princípios fazem por afastar a aplicação positivista da lei e convida o intérprete a ir sempre além do texto integral, sem contrariá-lo ou vilipendiá-lo. Sob esse aspecto, toda norma é, em princípio aberta, não necessitando que a lei o diga. A preocupação do intérprete será sempre aplicar a norma de forma mais adequada, no aqui e no agora. Toda decisão será injusta se utilizar fundamentos no passado ou tentar prever o futuro. (2011b, p. 428).

Neste sentido, muito bem pondera sobre o assunto, Barroso:

A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas. (2007, p. 21).

A Constituição Federal, ao reconhecer como entidade familiar a união entre o homem e a mulher, não o fez a título de restrição, podendo somente um homem e uma mulher constituir uma família, e sim, como forma de demonstrar a superação da situação anteriormente vivida pela sociedade. Em nenhum momento, a Constituição vedou a união entre pessoas do mesmo sexo.

A escritura pública de união estável foi a solução encontrada pelos casais homoafetivos para obterem alguma segurança, e a Corregedoria-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul foi pioneira no assunto, determinando em seu provimento nº

06/04-CGJ a inserção de um parágrafo ao art. 255 da Consolidação Normativa Notarial e Registral<sup>5</sup>, autorizando o registro dos documentos constitutivos de uniões afetivas, independente da identidade ou da oposição de sexo dos contraentes. (2012, p. 69).

A Corregedoria-Geral de Justiça do Estado da Bahia também inseriu, em seu Provimento Conjunto nº 12/2012, regras possibilitando a lavratura de escritura pública de união estável homoafetiva<sup>6</sup> e o regramento a respeito da habilitação para casamento civil entre pessoas do mesmo sexo<sup>7</sup>. (2012).

No mesmo sentido, outros estados da federação regulamentaram o tema, como Mato Grosso, onde a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado elaborou o provimento nº 36<sup>8</sup> de 1º de junho de 2010, disciplinando a possibilidade da lavratura de escritura pública de união estável entre pessoas do mesmo sexo. (2010).

Em maio de 2011, a Associação dos Registradores Cíveis de Pessoas Naturais do Brasil divulgou uma Carta Aberta, na qual manifesta seu apoio e reconhece a possibilidade da conversão da união estável em casamento civil. [2011?].

A possibilidade de formalizar a união através do instituto da união estável foi um grande passo para a sociedade, mas ainda não é a melhor solução.

---

<sup>5</sup>Art. 245 – No Registro de Títulos e Documentos proceder-se-á ao registro:

I – dos instrumentos particulares, para a prova das obrigações convencionais de qualquer valor;

II – do penhor comum sobre coisas móveis;

III – da caução de títulos de crédito pessoal e da dívida pública federal, estadual ou municipal, ou de bolsa ao portador;

IV – do contrato de penhor de animais, não-compreendido nas disposições do art. 10 da Lei nº 492, de 30-08-34;

V – do contrato de parceria agrícola ou pecuária;

VI – do mandado judicial de renovação de contrato de arrendamento;

VII – facultativamente, de quaisquer documentos, para sua conservação.

Parágrafo único. As pessoas plenamente capazes, independente da identidade ou oposição de sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação. As pessoas que pretendam constituir uma união afetiva na forma anteriormente referida também poderão registrar os documentos que a isso digam respeito.

<sup>6</sup> Art. 28 – É permitida a lavratura de escritura pública de declaração de convivência de união afetiva, entre pessoas plenamente capazes, independente da identidade ou oposição de sexo.

Art. 29 – A escritura fará prova para os casais, inclusive de pessoas do mesmo sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, legitimando o relacionamento, comprovando seus direitos e disciplinando a convivência de acordo com seus interesses.

<sup>7</sup> Art. 44 - Os Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais do Estado da Bahia deverão receber os pedidos de habilitação para casamento de pessoas do mesmo sexo, procedendo na forma do artigo 1.526 da Lei nº 10.406/2002.

Parágrafo único: O casamento será lavrado e registrado em livro próprio, observadas as prescrições contidas na Lei Federal nº 6.015/73.

<sup>8</sup> As disposições constantes do referido provimento, são idênticas ao provimento nº 12/2012 da Bahia, citado nas notas de rodapé 6 e 7.

O direito ao casamento para alguns pode parecer algo simples, porém os efeitos jurídicos que vêm juntamente com o casamento é que justificam a vontade de realizá-lo, desde o fator psicológico, da aceitação pela sociedade, até os direitos sucessórios, tema que iremos tratar mais adiante.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ, e, em sua decisão, reconheceu como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. [...] 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. [...] **Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”:** direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. [...] 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. [...] **A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa.** [...] **Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos.** [...] 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. [...] **A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo.** [...] reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar.

[...] 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. **Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”.** Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. **Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.** (grifos nossos) (Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Distrito Federal, Tribunal Pleno, Relator Min. Ayres Britto, 05/05/2011).

Na referida decisão, como mencionado, o princípio da dignidade da pessoa humana é invocado quando se fala do direito à preferência sexual, da autonomia de vontade, da liberdade sexual, do direito à autoestima e, conseqüentemente do direito à busca da felicidade.

A Constituição Federal de 1988 não limitou a formação de família somente aos casais heteroafetivos, o que abre a possibilidade de interpretar o Código Civil de forma não preconceituosa, aplicando as mesmas regras do reconhecimento da união estável heteroafetiva às uniões estáveis homoafetivas.

Ao proferir a referida decisão, o Supremo Tribunal Federal precedeu importantes decisões a respeito, sendo base inclusive, para possibilitar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que a própria Constituição Federal, em seu artigo 226<sup>9</sup>, facilitou a conversão da união estável em casamento. (BRASIL, 1988).

Decidiu da mesma forma a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO.

<sup>9</sup> CF/88. Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

Procedimento de jurisdição voluntária. Relacionamento homoafetivo. Pedido de conversão de união estável em casamento. Indeferimento pelo juízo de primeiro grau. Inconformismo dos requerentes. O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida na adi nº. 4-277/DF, atribuiu eficácia erga omnes e efeito vinculante à interpretação dada ao art. 1.723, do código civil, para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, desde que configurada a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. A constituição da república determina seja facilitada a conversão da união estável em casamento. Portanto, presentes os requisitos legais do art. 1.723, do código civil, não há como se afastar a recomendação constitucional, conferindo à união estável homoafetiva os mesmos direitos e deveres dos casais heterossexuais, tal como sua conversão em casamento. Precedente do STJ que admitiu o próprio casamento homoafetivo, a ser realizado por simples habilitação. In casu, forçoso é de se concluir que merece reforma a decisão monocrática, convertendo-se a união estável caracterizada nos autos em casamento. Provimento do recurso. (Apelação Cível nº 0007252-35.2012.8.19.0000, Oitava Câmara Cível, TJRJ, Relator Des. Luiz Felipe Francisco, 17/04/2012).

No mesmo sentido, decidiu a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA EM CASAMENTO. CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA PARA REGULAR PROCESSAMENTO DO FEITO.

1. Tendo em vista o julgamento da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132, resta superada a compreensão de que se revela juridicamente impossível o reconhecimento de união estável, em se tratando de duas pessoas do mesmo sexo. 2. Considerando a ampliação do conceito de entidade familiar, não há como a omissão legislativa servir de fundamento a obstar a conversão da união estável homoafetiva em casamento, na medida em que o ordenamento constitucional confere à família a “*especial proteção do Estado*”, assegurando, assim, que a conversão em casamento deverá ser facilitada (art. 226, § 3º, CF/88). 3. Inexistindo no ordenamento jurídico vedação expressa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, não há que se cogitar de vedação implícita, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da igualdade, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo e livre planejamento familiar. Precedente do STJ. 4. Afirmada a possibilidade jurídica do pedido de conversão, imperiosa a desconstituição da sentença, a fim de permitir o regular processamento do feito. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70048452643, Oitava Câmara Cível, TJRS, Relator Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, 27/09/2012).

Os tribunais, ao reconhecer a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, fundamentam-se na decisão do STF, que afirma que o fato de que a Constituição, ao dispor em seu art. 226, que é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, apenas tentou proteger a mulher, tendo em vista as sucessivas formas de discriminação que ela sofreu com o passar dos tempos.

E mais, no mesmo dispositivo, a Constituição afirma ser possível a conversão da união estável em casamento. Então, se é possível a união estável entre pessoas do mesmo sexo, e é possível a sua conversão em casamento, da mesma forma entender-se-á possível o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

E neste mesmo sentido, outros Tribunais também vêm decidindo da mesma forma, e Venosa já prenuncia: “Quando a sociedade brasileira, na sua considerável maioria, aceitar amplos direitos aos conviventes homoafetivos, a jurisprudência dará sua resposta definitiva, como já enceta os passos iniciais, e o legislador a seguirá”. (2011b, p. 428).

Todas estas mudanças de entendimento que os tribunais vêm adotando, têm por base princípios e direitos fundamentais protegidos por nossa Constituição Federal. É neles que se amparam as decisões nos tribunais, e, quem sabe, futuramente serão o fundamento de alterações legislativas.

Os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, além da liberdade e afetividade, amplamente aplicados às decisões judiciais favoráveis ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, serão objeto de estudo do próximo capítulo.

## 2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FRENTE AO CASAMENTO E À UNIÃO ESTÁVEL

No presente capítulo, serão abordados os princípios constitucionais que se aplicam ao direito de família, com destaque para o princípio constitucional da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da afetividade.

Como bem lembra Serejo, em todas as constituições modernas, o Estado se preocupou com os direitos e garantias das relações familiares, e através dos princípios de Direito de Família, ofereceu esta proteção. Não é diferente com as declarações de direitos, que também consagram tais princípios, uma vez que “a família é o centro emocional e social de formação do homem”. (2004, p. 13).

Dentre os tratados internacionais ratificados pelo Brasil que atentam a proteção à família, encontra-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo XVI, ofereceu especial proteção à família<sup>10</sup>, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (1969)<sup>11</sup>, promulgado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

Esta proteção à família é fruto da evolução nas relações familiares. Se antes, como demonstrado no capítulo anterior, a família tinha um cunho patrimonialista e comercial, “com o passar dos tempos, buscou-se criar um novo tipo de sociedade, formada por valores éticos e que tivesse a proteção do ser humano como principal objetivo”. (DIAS, 2011, p. 83).

---

<sup>10</sup> 1. Declaração Universal dos Direitos Humanos: Art. XVI:

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

<sup>11</sup> Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica/69. Art. 17 - Proteção da família:

1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.

3. O casamento não pode ser celebrado sem o consentimento livre e pleno dos contraentes.

4. Os Estados-partes devem adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, serão adotadas as disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.

Em 1948, foi estabelecida a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual já em seu preâmbulo reconhece a dignidade da pessoa humana, e seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

E a Constituição Federal Brasileira de 1988, também em seu preâmbulo, instituiu o “Estado Democrático de Direito”, cujo objetivo é “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. (BRASIL, 1988).

Nas palavras de Dias:

A evolução dos direitos humanos atingiu o seu ápice, a sua plenitude subjetiva e objetiva, com o **direito de solidariedade**: o direito de todos os sujeitos contra todos os sujeitos, para proteger tudo que condiciona a vida humana. Fixa os valores e os bens humanos, como patrimônio da humanidade, segundo padrões de avaliação que garantam a existência de todos com a dignidade que lhe é própria. (grifo da autora) (2011, p. 83).

Buscando-se essa proteção à família independente de sua formação, surgiram, “com ampla e atualizada regulamentação dos aspectos essenciais do direito de família, os princípios e normas constitucionais”. (GONÇALVES, 2011b, p. 21).

Como sabemos, existem regras e princípios, e pode se afirmar que as regras devem ser aplicadas na forma de tudo ou nada, por serem mais fechadas. Quando há conflito de regras, a solução clássica é: “a lei especial derroga a geral”. No entanto, quando se fala de princípios, não se pode aplicar a mesma regra. Princípios tem uma enunciação larga e aberta, e “não se pode falar em conflito de princípio, mas em colisão, onde o intérprete deve utilizar o critério da proporcionalidade”. (DIAS, 2011, p. 96).

Fato este que justifica a existência de tantos princípios constitucionais, alguns deles peculiares ao direito de família, princípios estes que serão abordados neste capítulo, iniciando-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

## 2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana:

A Constituição tem como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana, o qual serve de guia ao sistema jurídico<sup>12</sup>. Este princípio está consagrado já em seu preâmbulo, quando é assegurado ao povo o direito à igualdade e à liberdade e garante o exercício dos direitos sociais e individuais, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, e expressamente, no artigo 1º, III, como fundamento do Estado Democrático de Direitos. (BRASIL, 1988).

Não se trata de uma tarefa fácil conceituar a dignidade da pessoa humana, porém, é possível visualizar quando alguém é privado deste direito, como expõe Sarlet:

[...] não há como negar que uma definição clara do que seja efetivamente esta dignidade não parece ser possível, uma vez que se cuida de conceito de contornos vagos e impreciso. Mesmo assim, não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar as situações em que é espezinhada e agredida (2004, p. 113).

Gagliano e Pamplona Filho também procuram conceituar este princípio, afirmando que tem dignidade aquele ser humano que tem respeitada a sua existência, e lhe é assegurado o necessário na busca da felicidade:

---

<sup>12</sup> CF/88. Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
III - a dignidade da pessoa humana;

Por se tratar de cláusula geral, de natureza principiológica, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemos-nos a dizer que a noção jurídica *de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização e à busca da felicidade.* (grifos dos autores) (2011, p. 56).

E continuam:

“Mais do que garantir a simples *sobrevivência*, este princípio assegura o *direito de se viver plenamente*, sem quaisquer intervenções espúrias – estatais ou particulares – na realização desta finalidade”. (grifos dos autores) (2011, p.56).

A dignidade é a fonte dos demais princípios, é nela que são inspirados. Tudo aquilo que for contrário ao que o princípio da dignidade propõe, é contrário à nossa Constituição, que graças às lutas, conquistas políticas e evolução do pensamento, hoje assegura esse direito a todos.

A dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e alteridade. São, portanto, uma coleção de princípios éticos. Isso significa que é contrário a todo nosso direito qualquer ato que não tenha como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político. Essas inscrições constitucionais são resultado e consequência de lutas e conquistas políticas associadas à evolução do pensamento, desenvolvimento das ciências e das novas tecnologias. É a noção de dignidade e indignidade que possibilitou pensar, organizar e desenvolver direitos humanos. (PEREIRA, R., 2012b, p. 114).

No entendimento de Lôbo, “a dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade.” (2009, p. 37).

No entendimento de Moraes, M., o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana busca a proteção, principalmente, dos mais vulneráveis:

O princípio constitucional visa a garantir o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, e tampouco conduz ao mero oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. [...] a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. (2006, p. 118).

Lôbo, ao analisar a teoria Kantiana, elucida que Kant, em lição que continua atual, buscou fazer a distinção daquilo que tem um preço, “seja pecuniário, seja estimativo, do que é dotado de dignidade, a saber, do que é inestimável, do que é indisponível, do que não pode ser objeto de troca”. (2009, p. 37).

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade. (KANT, 1986, p. 77).

Para Pereira R., Kant quis dizer que o homem é um ser superior, analisado em meio às coisas e à natureza. Uma coisa pode ser substituída por qualquer outra, porém o homem não, justamente por ter dignidade.

[...] o homem, em Kant, é decididamente um ser superior na ordem da natureza e das coisas. Por conter essa dignidade, esse valor intrínseco, sem preço e acima de qualquer preço, que faz dele pessoa, ou seja, um ser dotado de consciência racional e moral, e por isso mesmo capaz de responsabilidade e liberdade. As coisas têm preço e as pessoas, dignidade. Isso significa dizer que no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, podemos substituí-la por qualquer outra como equivalente; mas o homem, superior à coisa, está acima de todo preço, portanto, não permite equivalente, pois ele tem dignidade [...] (2012b, p. 117).

A Constituição Federal tem a dignidade da pessoa humana como alicerce, todas as leis que forem criadas, todas as decisões tomadas, devem observar este princípio.

No entendimento de Lisboa, a dignidade da pessoa humana “é o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, que deve ser observado em todas as relações jurídicas públicas ou privadas” (2004, p. 46).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, logo em seu art. 2º<sup>13</sup>, estabelece que:

[...] carece de razoabilidade qualquer tipo de discriminação que seja atentatória à dignidade da pessoa humana. O dispositivo sedimenta a assertiva de que a capacidade de gozar dos direitos e liberdades estabelecidas na Declaração não está condicionada a diferenciações de raça, cor, sexo, língua, crenças religiosas, opinião política ou de outras de natureza diversa. (CHAVES apud DIAS, 2011, p. 84).

No mesmo sentido, pondera Serejo:

O destaque da dignidade da pessoa humana, em nossa Constituição, como um dos fins do Estado Democrático de Direito, reflete a ideia de respeito aos direitos fundamentais do cidadão, não só em referência ao Estado, mas também em suas relações pessoais, como o direito de ser reconhecido como pessoa humana. A dignidade é, enfim, o respeito que cada um merece do outro, a começar no seio da própria família, onde a educação deve ser voltada para essa conscientização. (2004, p. 20).

---

<sup>13</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos. Art. II -

1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2 - Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

O respeito à dignidade não se refere apenas à aplicação de leis, na relação do Estado com o povo, é a busca do respeito na família, nas relações pessoais, e no respeito para com os demais.

Dias lembra ainda, que “a relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta”, pois o respeito a cada um independe de uma disposição expressa na Constituição, e “a orientação que alguém imprime na esfera de sua vida privada não admite quaisquer restrições”. (2011, p. 88).

E na mesma obra, destaca as palavras de Matos:

O valor da pessoa humana assegura o poder de cada um exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro no campo da subjetividade. Representa a fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da existência humana. (apud DIAS, 2011, p. 88).

Dias reforça ainda, que discriminar alguém pela orientação sexual configura flagrante desrespeito à dignidade da pessoa humana, e o preconceito não pode acarretar restrições de direitos:

A discriminação baseada na orientação sexual configura claro desrespeito à dignidade humana, o que infringe o princípio maior da Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que acaba por referendar estigmas sociais e fortalecer sentimentos de rejeição, além de ser fonte de sofrimentos a quem não teve a liberdade de escolher nem mesmo o destino de sua vida. (2011, p. 88).

Os direitos humanos e a dignidade estão intimamente ligados ao direito de família, uma vez que, historicamente, há diversos casos de desrespeito a tal princípio.

Pereira R. lembra que os exemplos são muitos, dentre eles, a exclusão da mulher do princípio da igualdade, onde ela foi colocada em posição inferior ao homem, a proibição de efetuar o registro do nome do pai no assento de nascimento dos filhos havidos fora do casamento, quando o pai fosse casado, até o não reconhecimento de outras formas de família, que não fosse o casamento. (2012b, p. 120).

E segue:

[...] se a dignidade é hoje um princípio constitucional isso é resultado de uma conquista histórica. É o reconhecimento de que não importa quais sejam as circunstâncias ou qual o regime político, todo ser humano deve ter reconhecido pelo Estado o seu valor como pessoa, e a garantia, na prática, de uma personalidade que não deve ser menosprezada ou desdenhada por nenhum poder. [...] (2012, p. 118).

Em síntese, a dignidade da pessoa humana só existe se forem respeitadas as condições mínimas de uma existência digna:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não forem não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças [...] (SARLET, 2004, p. 118).

Além da dignidade da pessoa humana, há outros princípios protegidos pela nossa Constituição, dentre eles, o princípio da isonomia, o qual garante o direito de igualdade e respeito às diferenças, que se não forem respeitados, não haverá dignidade.

## 2.2 Princípio da isonomia – direito à igualdade

Impossível falar de igualdade sem mencionar a célebre Oração aos Moços de Rui Barbosa:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. [...] Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. (1997, p. 26).

Havendo no mundo todas estas diferenças de raça, cor, sexo, como de fato há, torna impossível e injusto tratar todas as pessoas da mesma forma. É necessário tratar de forma igual os iguais, e desigual os desiguais, a fim de que todos tenham o tratamento mais igualitário possível. Criar leis que façam com que aqueles que são discriminados, passem a ter tratamento igualitário e justo, equiparando-se então aos demais.

No entanto, é impossível criar uma lei específica para cada indivíduo. É o que registra Tavares:

Embora existam diferenças consideráveis entre os seres humanos, para fins de tratamento jurídico diferenciado não se pode chegar ao exagero de conceder um tratamento próprio para cada ser humano, tendo em vista o fato evidente de que todos se diferenciam entre si (pela cor dos olhos, estatura, peso, digital etc.). O ser humano é único em sua individualidade. Mas isso não pode ser levado ao exagero de pretender um tratamento próprio para cada pessoa, tendo em vista suas peculiaridades. A ser assim, e demandar-se-ia uma lei específica para cada ser humano. Neste caso, já nem mais se poderia falar em lei – em sentido genérico e abstrato –, pois dirigida a um único indivíduo. (2008, p. 554).

Dias sabiamente pondera:

Deste modo, a igualdade configura direito à diferença. Em lugar de se reivindicar uma “identidade humana comum”, são contempladas as diferenças existentes entre as pessoas. A humanidade é diversificada e multicultural. Assim, é mais útil procurar compreender e regular os conflitos inerentes a essa diversidade do que buscar uma falsa – porque inexistente – identidade. (2011, p. 91).

O princípio da igualdade é a base do Estado Democrático de Direito. Faz-se necessário que a lei considere todos de forma igualitária, ressalvadas as desigualdades que devem ser consideradas.

E como bem aponta Dias, “é necessária a igualdade na própria lei, ou seja, não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos”. (2007, p. 62).

É difícil conceituar “igualdade”, para tanto busca-se o significado etimológico da palavra, que alguns dicionários definem como:

Igualdade: *sf (lataequalitate)* 1 Qualidade daquilo que é igual; uniformidade. 2 Conformidade de uma coisa com outra em natureza, forma, qualidade ou quantidade. 3 Relação entre coisas iguais. 4 Completa semelhança. 5 Paridade. 6 Identidade. 7 *Mat* Expressão da relação entre duas quantidades iguais; equação. 8 *Polít* Identidade de condições entre os membros da mesma sociedade. 9 *p us* Equidade, justiça. (MICHAELIS, 2009).

No entanto, como podemos ver, igualdade é muito mais que isso.

O princípio constitucional da igualdade é aplicado tanto na edição das leis, onde o legislador busca impedir um tratamento desigual a pessoas que se encontram em situações semelhantes, como na aplicação destas mesmas leis, onde as autoridades devem fazer a aplicação da lei, sem distinções.

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. (MORAES, A., 2003, p. 65).

No entanto, apesar de a Constituição Federal fazer proibições específicas a respeito da distinção de sexo, cor, etc. Não quer dizer que somente o que a Constituição veda está protegido.

Os elementos ou situações constitucionalmente arrolados (sexo, cor etc.), na realidade, relacionam-se a ocorrências discriminatórias atentatórias de direitos fundamentais, muito comuns em determinadas épocas históricas, utilizadas indiscriminadamente e gratuitamente como forma de distinção e, o mais das vezes, punição. Foram situações de injustiça, que marcaram profundamente o espírito dos Homens, e que, por isso, o constituinte brasileiro pretendeu pôr a salvo os indivíduos para o futuro. [...] (TAVARES, 2008, p. 555).

Bulos destaca que a igualdade veio consagrada como um dos pilares da Constituição de 1988, e o constituinte repete o princípio em diversas partes do texto, como forma de reforçá-lo, como acontece no art. 3º, III<sup>14</sup>, art. 5º, I<sup>15</sup>, art. 196<sup>16</sup>, dentre outros. O princípio seguiu uma linha democrática firmada pelo legislador

---

<sup>14</sup> CF/88. Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

<sup>15</sup> CF/88. Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

<sup>16</sup> CF/88. Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

constituente e prevista no art. 1º<sup>17</sup>, mediante o qual a República Federativa consigna um Estado Democrático de Direito, e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. (2003, p. 116).

E continua:

Os homens nunca foram iguais e jamais o serão no plano terreno. A desigualdade é própria da condição humana. Por possuírem origem diversa, posição social peculiar, é impossível afirmar-se que o homem é totalmente idêntico ao seu semelhante em direitos, obrigações, faculdades e ônus. Daí se buscar uma *igualdade proporcional*, porque não se pode tratar igualmente situações provenientes de fatos desiguais. O raciocínio que orienta a compreensão do princípio da isonomia tem sentido objetivo: aquinhoar igualmente os iguais e desigualmente as situações desiguais. Dessa maneira, atribui-se ao princípio sentido real e não nominal, igualdade integral e não incidental ou particular, porquanto a igualdade consiste em assegurar aos homens que estão equiparados os mesmos direitos, benefícios e vantagens, ao lado dos deveres correspondentes. O mesmo ocorre em relação àqueles que estiverem desequiparados, os quais deverão receber o tratamento que lhes é devido à medida de suas desigualdades. (2003, p. 117).

Chimenti, et. al., afirmam que o princípio da isonomia deve ser analisado sob duplo aspecto: o da igualdade na lei, e o da igualdade perante a lei. Segundo eles, a igualdade na lei consiste na exigência ao legislador, de ao elaborar a lei não fazer qualquer tipo de discriminação. E a igualdade perante a lei pressupõe que esta já esteja elaborada, e consiste na exigência de que os Poderes Executivo e Judiciário, não façam qualquer tipo de discriminação na aplicação da lei. (2006, p. 64).

E continuam:

Doutrina e jurisprudência já assentaram o princípio de que a igualdade jurídica consiste em assegurar às pessoas de situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações correspondentes, o que significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, nos

---

<sup>17</sup> CF/88. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

limites de suas desigualdades, visando garantir sempre o equilíbrio entre todos. (2006, p. 64).

Do princípio da igualdade, decorrem ainda o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros e princípio da igualdade sem distinção de sexo e de orientação sexual.

Ao analisar-se o art. 226 da Constituição Federal, visualizamos outros princípios constitucionais aplicados ao direito de família, que visam sempre à proteção e equiparação das entidades familiares, dentre eles, o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros.

Nas primeiras maneiras de constituição, a família era formada por um grupo de pessoas, dentre elas, mulher, filhos, netos e respectivos bens, que se submetiam à autoridade de um único chefe, o *pater familias*. A mulher era submetida às ordens do marido, não tinha autoridade alguma, como se fosse uma filha. (RIZZARDO, 1994, p. 22). Inclusive o Código Civil de 1916<sup>18</sup> exemplificava este momento vivido pelas mulheres. (BRASIL, 1916).

No entanto, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 5º<sup>19</sup>, estabeleceu a igualdade no exercício dos direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal, o que acabou servindo de parâmetro à legislação ordinária, fazendo inclusive, com que o Código Civil atual não mais fizesse esta distinção de funções entre homem e mulher. Lembramos, ainda, que o art. 1º<sup>20</sup> do atual Código Civil utiliza o termo *pessoa*, não mais *homem*, como fazia o art. 2º<sup>21</sup> do Código Civil de 1916, deixando claro que não será admitida qualquer forma de distinção decorrente do sexo. (BRASIL, 1916, 1988, 2002).

<sup>18</sup> CC/16. Art. 233 - O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:

I. A representação legal da família.

II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial.

III. direito de fixar e mudar o domicílio da família. IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal. V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

<sup>19</sup> CF/88. Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

<sup>20</sup> CC/02. Art. 1º - Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

<sup>21</sup> CC/16. Art. 2 - Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil. (revogado)

Especificamente, prevê o art. 1.511 do Código Civil atual<sup>22</sup> que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Essa igualdade deve estar presente na união estável, também reconhecida como entidade familiar pelo art. 226, § 3º, da Constituição Federal, e pelos artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil<sup>23</sup>. (BRASIL, 1988, 2002).

Para Venosa, a Constituição Federal “consagrou a proteção à família compreendendo tanto a família fundada no casamento, como a união de fato, a família natural e a adotiva”. (2011b, p. 16).

Nas palavras de Gonçalves:

A regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais estão diretamente vinculados às funções da mulher na família e referendam a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social. (2005, p. 7).

A Constituição de 1988 veio ao encontro das mudanças sociais que já vinham ocorrendo, o homem deixava de ter o poder marital e a mulher passava a exercer outras funções que não somente tarefas domésticas. A chefia familiar passa a ser exercida tanto pelo homem quanto pela mulher, em um regime democrático de colaboração.

Diniz também discorre sobre o assunto:

---

<sup>22</sup> CC/02. Art. 1.511 - O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

<sup>23</sup> Nesse sentido, prevê o Enunciado n. 99 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, que “O art. 1.565, § 2º, do Código Civil não é norma destinada apenas às pessoas casadas, mas também aos casais que vivem em companheirismo, nos termos do art. 226, §§ 3º e 7º, da Constituição Federal de 1988, e não revogou o disposto na Lei 9.236/96”. O art. 1.565, § 2º, do Código Civil é o dispositivo que prevê que o planejamento familiar é de livre decisão do casal.

Hodiernamente, com a quebra do patriarcalismo e da hegemonia do poder marital e paterno, não há mais, diante do novel Código Civil, qualquer desigualdade de direitos e deveres do marido e da mulher ou dos companheiros, pois em seus artigos não mais existem quaisquer diferenciações relativamente àqueles direitos e deveres. Esta é a principal inovação do novo Código civil: a instituição material da completa paridade dos cônjuges ou conviventes tanto nas relações pessoais como nas patrimoniais, visto que igualou seus direitos e deveres e também seu exercício na sociedade conjugal ou convivencial. Consagrados então o princípio do respeito à dignidade dos companheiros e das pessoas casadas (CF/88, art. 1º, III) e o da igualdade jurídica entre conviventes ou entre marido e mulher (CF/88, arts. 5º, I, e 226, § 5º). (2011, p. 36).

E finaliza: “Os cônjuges devem *exercer* conjuntamente os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal, não podendo um cercear o exercício do direito do outro.” (grifo da autora) (DINIZ, 2011, p. 35).

A lei tanto na elaboração, como na sua aplicação, deve buscar igualar aqueles que são tratados de forma diferenciada, é o que ocorre com o princípio da igualdade sem distinção de sexo e de orientação sexual.

Para Chimenti, et. al., este princípio busca proteger o sexo feminino e os homossexuais, que sempre sofreram discriminações. Só são permitidas as diferenciações feitas pela própria Constituição em favor das mulheres<sup>24</sup>. (2006, p. 65).

E como afirma Moraes, A., “o fundamento jurídico da dignidade da pessoa humana manifesta-se em primeiro lugar, no princípio da igualdade, isto é, no direito de não receber qualquer tratamento discriminatório, no direito de ter direitos iguais aos de todos os demais”. (2003, 65).

Além dos princípios da dignidade da pessoa humana, e da igualdade, outros princípios são de suma importância para o direito de família, dentre eles, o princípio

<sup>24</sup>CF/88. Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003) [...]

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

da afetividade, da liberdade, da proteção dos filhos, da função social da família e da solidariedade familiar.

### 2.3 Princípios especiais – peculiares ao direito de família

A Constituição Federal, através de seus princípios, busca uma proteção integral àqueles que a ela se submetem, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, já abordados, facilmente demonstram essa proteção.

O direito de família, no entanto, possui alguns princípios que lhe são peculiares, característicos das relações familiares, dentre eles, o princípio da solidariedade familiar, da função social da família, dentre outros.

O princípio da solidariedade familiar tem fundamento na Constituição Federal a partir do momento em que se tem como objetivo da República a solidariedade social e é reconhecida a família como base da sociedade, afirmando que a mesma possui integral proteção do Estado:

Consagrou-se a solidariedade social como objetivo da República Federativa do Brasil e da sociedade civil, nas relações jurídicas. Conjugando-se essa finalidade com a afirmação constitucional segundo a qual a família é a base da sociedade e tem proteção especial do Estado, tornando-se clara a conclusão segundo a qual o *princípio da solidariedade social* abrange a *solidariedade familiar*. [...] O princípio da solidariedade serve de fundamento para o dever de respeito pessoal [...] (grifos do autor) (LISBOA, 2004, p. 57).

No mesmo sentido, afirmam Gagliano e Pamplona Filho, que o princípio da solidariedade familiar, “não apenas traduz a afetividade necessária que une os membros da família, mas, especialmente, concretiza uma especial forma de responsabilidade social aplicada à relação familiar”. (2011, p. 93). E continuam, citando Tartuce:

A solidariedade é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. Isso justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade, nos termos do art. 1.694 do atual Código Civil. (apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 93).

A família, recebendo a proteção integral do Estado, exerce uma função social, que Gagliano e Pamplona Filho definem como a realização de individual de cada membro da família:

Numa perspectiva constitucional, a *função social da família* significa o respeito ao seu caráter eudemonista, enquanto ambiência para a realização do projeto de vida e de felicidade de seus membros, respeitando-se, com isso, a dimensão existencial de cada um. E isso não é simples argumento de retórica.

Como consectário desse princípio, uma plêiade de efeitos pode ser observada, a exemplo da necessidade de respeito à igualdade entre os cônjuges e companheiros, a importância da inserção de crianças e adolescentes no seio de suas famílias naturais ou substitutas, o respeito à diferença, em arranjos familiares não standartizados, como a união homoafetiva, pois, em todos esses casos, *busca-se a concretização da finalidade social da família*. (grifos dos autores) (2011, p. 97).

A finalidade social da família também é exercida no momento em que é protegido o melhor interesse da criança.

O art. 227, *caput*, da Constituição Federal diz que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente<sup>25</sup>, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência

---

<sup>25</sup>De acordo com o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (BRASIL, 1988).

O art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê ainda, que:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, Lei Federal nº 8.069, 1990).

É o que citam Gagliano e Pamplona Filho:

Isso significa que, em respeito à própria função social desempenhada pela família, todos os integrantes do núcleo familiar, especialmente os pais e mães, devem propiciar o acesso aos adequados meios de promoção moral, material e espiritual das crianças e dos adolescentes viventes em seu meio. Educação, saúde, lazer, alimentação, vestuário, enfim, todas as diretrizes constantes na Política Nacional da Infância e da Juventude devem ser observadas rigorosamente. (2011, p. 98).

Prevê ainda, o art. 227, § 6º, da Constituição Federal que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Complementando o texto constitucional, o art. 1.596 do Código Civil em vigor tem exatamente a mesma redação, consagrando, ambos os dispositivos, o *princípio da igualdade entre filhos*. (BRASIL, 1988).

O Direito Brasileiro tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, ultrapassando os limites fixados pela Constituição de 1988, e buscando nela, proteção às diversas formas de composição familiar, além daquelas elegidas na Carta Magna. Para tanto, utiliza-se dos princípios constitucionais protegidos pela Constituição, dentre eles, o princípio da afetividade, que talvez seja apontando,

atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra “afeto” no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana.

O Direito de Família moderno, predominantemente, gira em torno do princípio da afetividade. Não se tenta com isso definir o amor, tarefa impossível até mesmo para qualquer estudioso ou filósofo, mas não conseguir definir não significa que ele não exista. O fato é que o amor ou a afetividade tem muitas faces, é complexo, e temos apenas a certeza de que se trata de uma força elementar, propulsora de todas as nossas relações de vida. “É fácil concluir que sua presença, mais do que em qualquer outro ramo do Direito, se faz especialmente forte nas relações de família”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 88).

Para Dias:

O novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais, sustentando-se no amor e no afeto. Na esteira da evolução, o direito das famílias instalou uma **nova ordem jurídica** para a família, atribuindo **valor jurídico ao afeto**. (grifos da autora) (2007, p. 68).

Se antes as famílias eram formadas com cunho econômico, com o passar dos tempos passou a se valorizar o afeto nas relações familiares. Já não se formavam mais famílias, sem que os cônjuges se conheçam, e tenham interesse um pelo outro, buscava-se sim, um ambiente de companheirismo e afeto.

Cada vez mais se valorizam as funções afetivas da família. Basta atentar a toda uma nova terminologia: filiação socioafetiva, dano afetivo etc. E, na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre os seus membros a família se transforma. Foi o afeto e o princípio da afetividade que trazem legitimidade a todas as formas de família. Portanto, hoje, todas as relações e formações da família são legítimas. (DIAS, 2011, p. 93).

Nos dias de hoje, muitas vezes, o afeto é muito mais importante que os próprios laços de sangue. Crianças crescem sob os cuidados de tios, avós, seus pais com seus respectivos namorados, e desenvolvem por eles um carinho que se sobrepõe ao laço biológico com um pai ou mãe ausente.

Consolida-se a família sócio-afetiva em nossa Doutrina e Jurisprudência uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como Direito Fundamental, a não discriminação de filhos, a co-responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar e o núcleo monoparental reconhecido como entidade familiar. Convocando os pais a uma “paternidade responsável” assumiu-se uma realidade familiar concreta onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica [...] (PEREIRA, C., 2007, p. 39).

Ao lado do princípio da afetividade, encontra-se a busca contínua pela felicidade, direito este que não está positivado, mas é reconhecido implicitamente no artigo 6º da Constituição Federal<sup>26</sup>, que trata dos direitos sociais, e entende-se que a felicidade é um direito social. Além do mais, pressupõe-se que, dispondo a pessoa de todas as garantias sociais propostas pelo referido artigo, a felicidade virá como consequência. (BRASIL, 1988).

É indispensável lembrar que a própria finalidade do estado é assegurar a todos o direito à felicidade, não só como um sonho individual, mas como meta social. E não é feliz quem não tem os mínimos direitos garantidos, como o direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, ao trabalho e à moradia. A Organização Mundial da Saúde – OMS, define saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social. O conceito é muito criticado, mas talvez sirva para definir felicidade. Afinal, quem vive em completo bem-estar é porque tem tudo e não tem como deixar de se sentir feliz. (DIAS, 2011, p. 94).

---

<sup>26</sup> CF/88. Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Como citado, a felicidade só se faz possível, quando respeitados os direitos individuais como o direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, ao trabalho e à moradia, porém, de que serviriam todos estes direitos se não houver liberdade?

A Constituição Federal já, em seu preâmbulo, menciona a liberdade como um objetivo do Estado Democrático, no *caput* do artigo 5º, *caput*, como direito e garantia fundamental do indivíduo<sup>27</sup>, e no inciso II<sup>28</sup> assegura o direito à liberdade, sem distinções. (BRASIL, 1988).

A liberdade é o direito à escolha, à opção, ao livre arbítrio, ao poder de coordenação consciente dos meios necessários à realização pessoal. [...] É a possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de serem senhoras de sua própria vontade e de se locomoverem desembaraçadamente pelo território nacional, sem que sejam privadas dessa faculdade. Consiste basicamente na prerrogativa de ir e vir. A Constituição procura resguardar ao máximo essa liberdade, cercando o indivíduo de garantias e remédios contra violações. (CHIMENTI, et. al., 2006, p. 80).

A liberdade implica em direitos e permissões, onde cada um tem o direito de que o Estado não interfira em suas ações ou omissões, bem como permita fazer ou não fazer o que quiser. Para que esta liberdade seja restrita, é necessário que haja uma lei com tal determinação, e que as razões de tal restrição sejam relevantes e constitucionalmente válidas. (DIAS, 2011, p. 89).

“O princípio da liberdade está consubstanciado em uma perspectiva de privacidade e intimidade, podendo o ser humano realizar as suas próprias escolhas, isto é, o seu próprio projeto de vida.” (DIAS, 2011, p. 89).

Na visão de Lôbo:

---

<sup>27</sup> CF/88. Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

<sup>28</sup> CF/88. Art. 5º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à livre liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral. (2009, p. 46).

O direito à liberdade refere-se ao poder de escolha, de cada um, na sua individualidade, sem interferência alguma do Estado, da família ou de qualquer outra pessoa. Desde que não esteja descumprindo a lei, cada pessoa tem o direito de fazer suas próprias escolhas.

Dias faz uma crítica à omissão legislativa com relação às relações homoafetivas:

A onipotência do Estado tem limites. As normas constitucionais devem adequar-se aos princípios e garantias que identificam o modelo consagrado pela sociedade. O núcleo do sistema jurídico, que sustenta a própria razão de ser do Estado, deve garantir muito mais liberdades do que promover invasões ilegítimas na esfera pessoal do cidadão. (2011, p. 89).

E continua, citando Pereira, S.:

Sustentar que o mundo afetivo é habitado somente por seres humanos de sexos diferentes é causar ruptura aos princípios constitucionais, da proibição da discriminação entre sexos, da cidadania, da afetividade, da liberdade, da tolerância, da dignidade da pessoa humana. Na negação da homoafetividade reside, talvez, a maior tirania do legislador constituinte e derivado, porque destrói os mundos afetivos e ontológicos de milhões de brasileiros, fazendo com que essa intransigência se reflita no comportamento individual, familiar e social, visto que quem não respeita o próximo na relação familiar atuará da mesma forma na relação social em geral. (apud DIAS, 2011, p. 89).

A Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º<sup>29</sup>, ao reconhecer, além do casamento, a união estável como entidade familiar, facilitando inclusive a sua conversão em casamento, legalizou a situação de diversas famílias que já vinham vivendo desta forma, e que antes, eram tidas como “famílias ilegítimas”. Além disso, reconheceu como entidade familiar, a família monoparental<sup>30</sup>, formada pelo pai ou mãe, juntamente com os filhos. (BRASIL, 1988).

O casamento deixa de se tornar a única instituição protegida pelo direito de família, assegurando-se o reconhecimento de outras cuja tutela não pode mais deixar de ser conhecida.

Com isso, a *união estável* surge como entidade familiar com direitos e deveres bem próximos aos da família constituída por casamento. E, desse modo, procura-se estabelecer a regulação de um relacionamento antes completamente marginalizado e que gera efeitos destacados sobre a prole dele resultante e a própria sociedade. (grifos do autor) (LISBOA, 2004, p. 47).

A Constituição Federal, como vimos, tem um viés protetor para com o indivíduo de forma geral, visando sempre preservar os direitos individuais e coletivos, sendo inclusive um guia para as demais legislações, no sentido de que nenhuma vá de encontro ao que é resguardado pela Constituição.

Tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem a essência protetora dos direitos sociais, jacente na índole, espírito e natureza de nosso ordenamento maior, padecem irremissivelmente da eiva de inconstitucionalidade, e como inconstitucionais devem ser declaradas por juízes e tribunais, que só assim farão, qual lhes incumbe, a guarda bem-sucedida e eficaz da Constituição. (BONAVIDES, 2011, p. 657).

---

<sup>29</sup> CF/88. Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

<sup>30</sup> CF/88. Art. 226 § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Os princípios constitucionais funcionam como uma espécie de guia ao legislador e proteção aos indivíduos, devendo sempre ser respeitados independentemente de orientação sexual.

### **3. O DIREITO SUCESSÓRIO NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA**

Neste capítulo serão abordadas as condições para realização do casamento civil e os requisitos para a constituição da união estável, analisando os efeitos da escolha de uma ou outra forma de constituição de família, especialmente no direito sucessório.

#### **3.1 Condições para o casamento e requisitos da união estável**

A doutrina brasileira não traz, na sua classificação, requisitos para o casamento, mas apresenta algumas condições, dentre elas, a condição de existência, que será objeto deste estudo.

No entanto, antes disso, é interessante a ideia de conceituar o casamento, e Venosa o faz muito bem:

Sob o prisma do direito, o casamento estabelece um vínculo jurídico entre o homem e a mulher, objetivando uma convivência de auxílio e de integração física-psíquica, além da criação e amparo da prole. Há um sentido ético e moral no casamento, quando não metafísico, que extrapola posições que veem nele, de forma piegas, mera regularização de relações sexuais. [...] (2011b, p. 27).

Alguns autores, como Luz, Diniz, Gagliano e Pamplona Filho, dividem os elementos existenciais do casamento na manifestação recíproca de vontade, a celebração por autoridade materialmente competente e a diversidade de sexos.

A manifestação de vontade no casamento caracteriza-se pelo ato de aceitação, consentimento, que deverá ser demonstrado sempre de forma expressa e recíproca.

Refere-se evidentemente, ao consentimento manifestado mediante a palavra *sim*, ou gesto equivalente, que deve ser proferida de forma explícita e espontânea logo após serem perguntados se aceitam um ao outro como esposo ou esposa. [...] De qualquer modo, a falta de consentimento para o casamento, segundo reconhece a doutrina, caracteriza *ato inexistente*. (grifos do autor) (LUZ, 2009, p.18).

O casamento pode ser civil ou religioso com efeitos civis, e Gagliano e Pamplona Filho, quando se referem à celebração por autoridade competente, afirmam que o Código Civil não define o conceito de “autoridade celebrante”, entendendo-se assim, que o casamento civil poderia ser celebrado tanto pelo juiz de direito, pelo juiz de paz, como pela autoridade religiosa, e sendo o Brasil um estado laico, no casamento religioso, tanto podem celebrar o pastor, o padre, como um líder espírita kardecista, de Umbanda ou Candomblé. Ou seja, qualquer representante de crença ou credo religioso, desde que observadas as formalidades legais do ato. (2011, p. 208).

E a última classificação, não por isso menos importante, mas a mais polêmica, refere-se à diversidade de sexos, que tanto no casamento como na união estável alguns doutrinadores entendem ser necessária.

O Código Civil, quando faz menção ao casamento, em seus artigos 1.514<sup>31</sup>, 1.517<sup>32</sup>, 1.565<sup>33</sup>, refere-se “ao homem e a mulher”, e por este motivo, muitos autores entendem não ser possível o casamento entre pessoas do mesmo sexo. (BRASIL, 2002).

---

<sup>31</sup> CC/02. Art. 1.514 - O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

<sup>32</sup> CC/02. Art. 1.517 - O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

<sup>33</sup> CC/02. Art. 1.565 - Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Pereira, R. define o casamento como “a união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente”. (2012a, p. 53). No mesmo sentido, Venosa:

[...] Não há casamento senão na união de duas pessoas de sexo oposto. Cuida-se de elenco natural de matrimônio. A sociedade de duas pessoas do mesmo sexo não forma uma união de direito de família; se direitos gerar, serão do campo obrigacional. Ainda que se defenda mais recentemente a proteção a relação afetiva de pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva, qualquer legislação nesse sentido deve alterar o preceito constitucional, o qual, tanto para o casamento, como para a união estável, estabelece a diversidade de sexos [...] (2011b, p. 27).

Em contrapartida, outros autores como Dias, entendem que não há qualquer impedimento para o reconhecimento da união estável, e principalmente para o casamento entre pessoas do mesmo sexo:

Só o fato de a lei estabelecer (CC 1.565) que, *pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família* não significa que esteja limitando o casamento a heterossexual. Simplesmente que está afirmando é que tanto o homem como a mulher assumem tal condição, e não que necessariamente tenham de estar casados com pessoas do sexo oposto. (grifos da autora) (2007, p. 144).

Não há qualquer fundamentação jurídica ao afirmar que a lei está limitando o casamento a pessoas de sexos opostos, uma vez que o Código Civil em nenhum momento tenta definir os institutos da família e do casamento, mas tão somente estabelece requisitos, direitos e deveres dos cônjuges. É o que afirma Vecchiatti:

É de se notar que dita interpretação é puramente ideológica, desprovida de fundamento normativo que a justifique, na medida em que o Código Civil não define nem tenta definir o que seria *família* ou mesmo *casamento*, também não identificando o sexo dos nubentes, limitando-se a estabelecer requisitos para a celebração do matrimônio, elencar direitos e deveres aos cônjuges e disciplinar diversos regimes de bens, regulamentando, por fim, o seu término e as questões patrimoniais daí decorrentes. (grifos do autor) (2012, p. 244).

Dias lembra ainda que a doutrina que entende não ser possível o casamento homoafetivo, tem como único fundamento, a teoria da inexistência do casamento quando celebrado entre pessoas do mesmo sexo:

Nem a Constituição nem a lei, ao tratarem do casamento, fazem qualquer referência ao sexo dos nubentes. Portanto, não há qualquer impedimento, quer constitucional, quer legal, para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Também, entre os impedimentos para o casamento, não se encontra a diversidade de sexo do par. O que obstaculiza a relação do casamento é somente o preconceito. Aliás, a construção doutrinária sobre o casamento inexistente tem como único ponto de sustentação a alegada impossibilidade do casamento homossexual. (2007, p. 144).

Vecchiatti adverte que o conceito de casamento e de união estável não está ligado indissociavelmente à diversidade de sexos, o que ocorreria se na lei constasse que é reconhecida a entidade familiar “*apenas entre o homem e a mulher*”. (grifo do autor) (2012, p. 419).

Alguns doutrinadores também fundamentam a impossibilidade do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, pela impossibilidade de procriação. No entanto, a legislação quando trata da impossibilidade de casar (art. 1.521 do Código Civil<sup>34</sup>), em nenhum momento veda o

---

<sup>34</sup> CC/02. Art. 1.521 - Não podem casar:

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

II - os afins em linha reta;

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

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

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

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

casamento entre pessoas inférteis, sendo impertinente tal fundamentação, é o que afirma Vecchiatti:

A doutrina e a jurisprudência em nenhum momento provam a necessidade e a pertinência da discriminação das uniões homoafetivas em relação às heteroafetivas. O máximo que fazem é alegar que a ausência de capacidade procriativa potencial nas uniões entre pessoas do mesmo sexo impossibilitaria a sua colocação como entidades familiares. Todavia, não constando do rol taxativo do art. 1.521 do Código Civil que pessoas inférteis não podem se casar, e considerando especialmente que nenhum óbice se levanta quando casais heteroafetivos inférteis pretendem o reconhecimento de sua condição jurídico-familiar [...] fica evidente que o elemento discriminador erigido não é a capacidade procriativa, mas a homogeneidade/diversidade de sexos do casal. (2012, p. 411).

No que se refere à união estável, a Constituição Federal em seu artigo 226, § 3º<sup>35</sup>, e o Código Civil em seu artigo 1.723<sup>36</sup>, reconhecem a união estável como entidade familiar, que é caracterizada pela convivência pública, contínua e duradoura, com objetivo de constituir uma família. (BRASIL, 1988, 2002).

A publicidade da convivência advém da ideia de o casal ser reconhecido socialmente como uma família, o que, eventualmente, poderá ser fundamental para demonstração judicial da existência da união. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 429).

E como define Venosa, “a união de fato que gozará de proteção é aquela na qual o casal se apresente como se marido e mulher fossem perante a sociedade, situação que se avizinha da posse de estado de casado.” (2011b, p. 46).

Se levarmos em consideração o texto constitucional, nele está presente o requisito da *estabilidade* na união entre o homem e a mulher. Não é qualquer relacionamento fugaz e transitório que constitui a união protegida. [...] Não há como conceituar uma relação concubinária como estável, se não

---

<sup>35</sup> CF/88. Art. 226 § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

<sup>36</sup> CC/02. Art. 1.723 - É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família

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 da prole. (grifos do autor) (VENOSA, 2011b, p. 44).

Outro importante elemento caracterizador da união estável é a continuidade, que Gagliano e Pamplona Filho afirmam que é este o elemento que permite diferenciar a união estável do namoro. Por mais que existam namoros extremamente longos, não quer dizer que constitui uma união estável, a menos que haja uma “legítima e inquestionável expectativa de constituição de família”. (2011, p. 430).

Ou seja, a continuidade de um relacionamento, nem sempre caracteriza uma união estável, uma vez que pode não estar presente o objetivo de constituir uma família, que também é essencial à sua caracterização:

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 mero relacionamento afetivo entre amantes, gerando, no máximo, sociedade de fato em relação a bens adquiridos por esforço efetivo de ambos. (grifos do autor) (VENOSA, 2011b, p. 47).

O reconhecimento das uniões homoafetivas pela legislação é de suma importância, uma vez que os efeitos jurídicos e consequências do casamento e da união estável não são os mesmos, principalmente, no campo patrimonial.

No entanto, antes de abordarmos tal diferenciação, necessário se faz um melhor entendimento dos regimes de bens existentes no Direito Brasileiro.

### 3.2 Dos regimes de bens

Quando do momento do casamento ou da regulação por meio documental da união estável, poderá ser feita a escolha de um regime de bens a vigorar, que regulará a questão patrimonial do casal.

Gagliano e Pamplona Filho entendem por regime de bens, “o conjunto de normas que disciplina a relação jurídico-patrimonial entre os cônjuges, ou, simplesmente, o *estatuto patrimonial do casamento*.” (grifo dos autores) (2011, p. 310).

De acordo com o art. 1.639 do Código Civil Brasileiro<sup>37</sup>, é lícito aos cônjuges escolher antes da celebração do casamento, o regime de bens a vigorar entre eles, sendo possível, inclusive, a alteração do regime de bens. (BRASIL, 2002).

No entanto, existem exceções a essa autonomia de escolha.

O art. 1.641<sup>38</sup> estipula a obrigatoriedade do regime da separação de bens quando o casamento for contraído entre pessoas maiores de setenta anos ou que dependerem de suprimento judicial para casar, ou ainda, sem observância das causas suspensivas da celebração do casamento. (BRASIL, 2002).

Durante o período em que vigorou o Código Civil de 1916, o STF editou a Súmula 377<sup>39</sup>, que prevê que no regime da separação obrigatória, se comunicam os bens adquiridos durante o casamento. (BRASIL, 1964).

Quando entrou em vigor o atual Código Civil, surgiram questionamentos acerca da aplicabilidade da súmula à nova legislação, questão que até hoje não foi resolvida.

Alguns autores, como Lôbo, entendem que a súmula continua em vigor:

<sup>37</sup> CC/02. Art. 1.639 - É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1o O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 2o É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

<sup>38</sup> CC/02. 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 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

<sup>39</sup> Súmula 377/STF - No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Permanece aplicável a Súmula 377 do STF, com o seguinte enunciado: “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Em seus efeitos práticos, a Súmula converte o regime legal da separação em regime de comunhão parcial, sem excluir os bens adquiridos por doação ou testamento. A separação patrimonial fica adstrita aos bens adquiridos antes do casamento. A presunção da comunhão da Súmula é absoluta, não se admitindo discussão sobre terem sido adquiridos os bens com a participação efetiva ou não de ambos os cônjuges, apenas possível se se tratasse de sociedade de fato. Portanto, a separação absoluta apenas ocorre quando o regime for convencionado em pacto antenupcial, alcançando os aquestos. (2009, p. 303).

Até a entrada em vigor da Lei 6.515 de 1977, não havendo escolha do regime de bens por parte dos nubentes, o regime supletivo era o da comunhão universal de bens<sup>40</sup>. (BRASIL, 1916).

A partir desse diploma, o regime subsidiário passou a ser o da comunhão parcial, opção esta que foi mantida pelo atual Código Civil, que em seu art. 1.640<sup>41</sup>, estipula que quando não houver convenção entre os cônjuges, ou está sendo nula ou ineficaz, o regime a vigorar será o da comunhão parcial. Podendo os nubentes optar por qualquer regime, desde que seja lavrado o pacto antenupcial, quando o regime não for o da comunhão parcial. (BRASIL, 2002).

O regime da comunhão parcial encontra-se positivado no Código Civil nos artigos 1.658 a 1.666, e é definido como:

Aquele em que há, em regra, a comunicabilidade dos bens adquiridos a título oneroso na constância do matrimônio, por um ou ambos os cônjuges, preservando-se, assim, como patrimônio pessoal e exclusivo de cada um, os bens adquiridos por causa anterior ou recebidos a título gratuito a qualquer tempo. Genericamente, é como se houvesse uma “separação do

<sup>40</sup> CC/16. Art. 258 - Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal. (revogado).

<sup>41</sup> CC/02. Art. 1.640 - Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

passado” e uma “comunhão do futuro” em face daquilo que o casal, por seu esforço conjunto, ajudou a amealhar. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 339).

São excluídos da comunhão, de acordo com o art. 1.659<sup>42</sup> do Código Civil, todos os bens que cada um possuir ao casar, e aqueles que na constância do casamento forem adquiridos por meio de doação ou sucessão, ou forem sub-rogados em seu lugar; aqueles que forem adquiridos com valores pertencentes a somente um dos cônjuges ou em sub-rogação a bens particulares; as obrigações contraídas anteriormente ao casamento; as obrigações advindas de atos ilícitos, salvo se a renda auferida foi revertida em proveito do casal; os bens de uso pessoal; os proventos do trabalho, as pensões ou outras rendas de cada um dos cônjuges. Sendo incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento<sup>43</sup>. (BRASIL, 2002).

Vale lembrar que há divergência doutrinária acerca da incomunicabilidade dos proventos do trabalho. No entanto, prevalece a interpretação no sentido de que o salário a ser recebido pelo cônjuge não se comunica, mas após o recebimento torna-se patrimônio comum a ser partilhado.

Neste sentido é o entendimento de Diniz:

[...] entendemos que a incomunicabilidade seria só do *direito à percepção dos proventos*, que, uma vez percebidos, integrarão o patrimônio do casal, passando a ser coisa comum, pois, na atualidade, marido e mulher vivem de seus proventos, contribuindo, proporcionalmente, para a manutenção da família, e, conseqüentemente, usam dos seus rendimentos. [...] (grifos da autora) (2007, p. 165).

<sup>42</sup> CC/02. 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.

<sup>43</sup> CC/02. Art. 1.661 - São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

De acordo com o art. 1.660<sup>44</sup>, entram na comunhão aqueles bens que forem adquiridos a título oneroso, na constância do casamento, ainda que em nome de um só cônjuge; os bens adquiridos por fato eventual; aqueles bens recebidos por ambos os cônjuges, a título de doação, herança ou legado; as benfeitorias dos bens particulares; e os frutos dos bens comuns ou particulares, percebidos na constância do casamento, pendentes ao tempo de cessar a comunhão. (BRASIL, 2002).

Venosa destaca que neste regime de bens, de acordo como disposto no artigo 1.658<sup>45</sup> são criados três patrimônios na relação conjugal, e traz ainda um exemplo:

A comunhão parcial, assim como a universal, dissolve-se pela morte, separação, divórcio ou anulação do casamento. Uma vez dissolvida a comunhão, cada cônjuge retirará seus bens particulares, e serão divididos os bens comuns. Algumas noções fundamentais são expressas na lei. Assim, são incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento (art. 1.661). Desse modo, se o consorte firmara compromisso de compra e venda de imóvel antes do casamento, esse bem não se comunica, ainda que a escritura definitiva seja firmada após, salvo se houver prova de que houve contribuição financeira do outro cônjuge após o casamento. (2011b, p. 335).

O regime da comunhão parcial, após a alteração legislativa que o tornou o regime legal ou supletivo, vem sendo muito utilizado, tanto pela facilidade que apresenta, pois dispensa a lavratura de um pacto antenupcial, mas principalmente pela justiça proporcionada na partilha dos bens, pois são divididos em caso de

---

<sup>44</sup> CC/02. 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.

<sup>45</sup> CC/02. Art. 1.658 - No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.

separação somente aqueles bens que ambos os cônjuges adquiriram juntos, com o esforço comum, e os bens particulares continuam sendo de quem os adquiriu.

No entanto, há possibilidade de escolher outros regimes de bens, dentre eles, o da comunhão universal de bens, que é regulado pelo Código Civil Brasileiro, nos artigos 1.667 a 1.671.

Quando o regime de bens escolhido não for o legal, necessária se faz a lavratura de um pacto antenupcial, que deve ser lavrado por escritura pública<sup>46</sup>, e para ter efeito contra terceiros, deverá ser registrado no Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges<sup>47</sup>. (BRASIL, 2002).

Na comunhão universal se comunicam todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, inclusive dívidas<sup>48</sup>, sendo, no entanto, excluídos da comunhão os bens recebidos por doação ou herança com cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; os bens gravados com fideicomisso, e o direito do fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva e as dívidas contraídas antes do casamento, salvo se forem revertidas em favor do casal<sup>49</sup>. (BRASIL, 2002).

Os frutos dos bens recebidos em doação e gravados com cláusula de incomunicabilidade se comunicam<sup>50</sup>. (BRASIL, 2002).

Neste sentido:

Neste regime, comunicam-se os bens móveis e imóveis que cada um dos cônjuges traz para a sociedade conjugal e bem assim os adquiridos na constância do casamento, tornando-se os cônjuges meeiros em todos os bens do casal, mesmo que somente um deles os haja trazido e adquirido [...] comunicam-se igualmente as dívidas, anteriores e posteriores. Além de

<sup>46</sup> CC/02. Art. 1.653 - É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.

<sup>47</sup> CC/02. Art. 1.657 - As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.

<sup>48</sup> CC/02. Art. 1.667 - O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.

<sup>49</sup> CC/02. 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.

<sup>50</sup> CC/02. Art. 1.669 - A incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo antecedente não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento.

outras exceções, legais ou convencionais, eventualmente estabelecidas [...] (PEREIRA, C., 2007, p. 224).

No regime da participação final nos aquestos, que se encontra positivado no art. 1672 e seguintes do Código Civil Brasileiro<sup>51</sup>, o que cada cônjuge possui constitui um patrimônio próprio, cuja administração é exclusiva, e quando da dissolução da sociedade, serão partilhados os bens adquiridos na constância do casamento, a título oneroso. (BRASIL, 2002).

Pereira, C. elucida muito bem este regime, que é como se fosse uma sociedade. Ao final é feito uma espécie de balanço, onde se contabilizam os lucros, e este é dividido de forma igualitária:

A característica fundamental do regime de participação final nos aquestos consiste em que, na constância do casamento, os cônjuges vivem sob o império da separação de bens, cada um deles com o seu patrimônio separado. Ocorrendo a dissolução da sociedade conjugal (pela morte de um dos cônjuges, pela separação judicial ou pelo divórcio), reconstitui-se contabilmente uma comunhão de aquestos. Nesta reconstituição nominal (não *in natura*), levanta-se o acréscimo patrimonial de cada um dos cônjuges no período da vigência do casamento. Efetua-se uma espécie de balanço, e aquele que se houver enriquecido menos terá direito à metade do saldo encontrado. O novo regime se configura como um misto de comunhão e de separação. A comunhão de bens não se verifica na constância do casamento, mas terá efeito meramente contábil diferido para o momento da dissolução. (2007, p. 229).

O regime da separação de bens se encontra positivado nos artigos 1687 e 1.688 do Código Civil Brasileiro<sup>52</sup>, estipulado que cada um dos cônjuges permanece sob a administração exclusiva de seus bens, sendo ambos os cônjuges obrigados a

---

<sup>51</sup> CC/02. Art. 1.672 - No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

<sup>52</sup> CC/02. Art. 1.687- Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

CC/02. Art. 1.688 - Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

contribuir na proporção de seus rendimentos com as despesas do casal, salvo disposição diversa no pacto antenupcial. (BRASIL, 2002).

Na visão de Lôbo:

A separação absoluta é o mais simples dos regimes matrimoniais de bens. Os bens de cada cônjuge, independentemente de sua origem ou da data de sua aquisição, compõem patrimônios particulares e separados, com respectivos ativos e passivos. Não há convivência com patrimônio comum nem participação nos aquestos. Caracteriza-se, justamente, pela ausência de massa comum. (2009, p. 330).

Venosa lembra ainda, que neste regime de bens “nada impede que os cônjuges estabeleçam a comunhão de certos bens, se assim o desejaram, bem como a forma de administração. No silêncio do pacto, cada cônjuge conserva a administração e fruição de seus bens.” (2011b. p. 350).

Ainda, de acordo com o disposto no art. 1.639 do Código Civil<sup>53</sup>, é lícito aos nubentes, antes de celebrar o casamento estipular quanto aos bens, sendo-lhes permitido, portanto, a escolha de um regime misto, o que deverá ser feito através do pacto antenupcial.

Compreendidos os regimes de bens que vigoram no nosso direito, podemos abordar a questão sucessória.

### **3.3 Efeitos patrimoniais – o direito sucessório no casamento e na união estável e na união homoafetiva – a desigualdade da partilha no casamento e da união estável.**

---

<sup>53</sup> CC/02. Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

O direito sucessório trata-se de um tema muito amplo, com diversas regras que tentaremos abordar de forma rápida neste capítulo.

Como vimos, há uma diversidade de regime de bens que podem ser adotados pelos cônjuges ou companheiros antes da celebração do casamento ou da lavratura da escritura pública de união estável, veremos agora a sua aplicação no direito sucessório.

O art. 1.829 do Código Civil trata da ordem da sucessão legítima<sup>54</sup>. (BRASIL, 2002).

De acordo com o inciso I do referido dispositivo, no regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge recebe metade daquilo que for adquirido onerosamente durante o casamento, ou seja, a meação, e ainda concorre com os descendentes nos bens particulares.

Venosa define o que é a meação:

A **meação** do cônjuge, como já acenado, não é herança. Quando da morte de um dos consortes, desfaz-se a sociedade conjugal. Como em qualquer outra sociedade, os bens comuns, isto é, pertencentes às duas pessoas eu foram casadas, devem ser divididos. A existência de meação, bem como do seu montante, dependerá do regime de bens do casamento. A meação é avaliada de acordo com o regime de bens que regulava o casamento. Na comunhão universal, todo o patrimônio é dividido ao meio. Na comunhão de aquestos, dividir-se-ão pela metade os bens adquiridos na constância do casamento. Se há pacto antenupcial a meação será encontrada de acordo com o estabelecido nessa escritura. (grifo do autor) (2011a, p. 132).

Nos regimes da comunhão universal, separação obrigatória ou não deixando o autor da herança bens particulares no regime da comunhão parcial de bens, receberá o cônjuge somente a meação, não tendo direito à herança.

---

<sup>54</sup> CC/02. Art. 1.829 - A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

É o que entende Cahali:

Na primeira classe de preferência, em concorrência com os descendentes, o cônjuge será convocado de acordo com o regime de bens aliado à existência de patrimônio particular quando as núpcias forem pela comunhão parcial. Casado pelo regime da separação obrigatória previsto no art. 1.641, não, como indicado no texto, no regime da comunhão universal, ou no regime da comunhão parcial sem ter o autor da herança deixado bens particulares, deixará de existir a convocação. No mais, o cônjuge será chamado para concorrer com os descendentes. (2003, p. 212).

Ou seja, o cônjuge será chamado a concorrer com os descendentes, somente no regime da comunhão parcial de bens ou na participação final nos aquestos, quando o autor da herança tiver deixado bens particulares e no regime da separação total de bens.

É o que esclarece o Enunciado número 270, aprovado na III Jornada de Direito Civil:

270 – Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes. (BRASIL, 2012).

Contudo, há uma decisão, porém isolada, do Superior Tribunal de Justiça, entendendo que não recebe o cônjuge sobrevivente a meação no regime da separação de bens:

Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência. [...]

- O regime de **separação obrigatória de bens**, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) **separação legal**; (ii) **separação convencional**. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância.

- Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.

- Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos. [...]

- A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório “traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”.

- Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações.

- Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.

- Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens post mortem, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria. Recurso especial provido. (grifos da autora) (Recurso Especial nº 992.749 - MS 2007/0229597-9, Distrito Federal, Relatora Min. Nancy Andrighi, 01/12/2009).

Na referida decisão se afirma que conceder ao cônjuge sobrevivente meação no regime da separação de bens, seria uma afronta ao pactuado no momento da celebração do casamento. Se assim o quisessem, teriam escolhido os cônjuges regime diverso, ou até mesmo alterado durante o casamento, o que não pode ser feito após a morte.

Mas como disse, trata-se de uma decisão isolada, pois a maioria dos tribunais e doutrinadores entendem que há sim meação no regime da separação de bens.

O inciso “II<sup>55</sup>” refere-se à sucessão do cônjuge sobrevivente em concorrência com os ascendentes, que só são chamados, se não houver descendentes, e assim como na concorrência com os descendentes, não há limite de grau, o mais próximo exclui o mais remoto. (BRASIL, 2002).

Independente do regime de bens, quando o cônjuge concorrer com ascendentes, em primeiro grau, receberá um terço da herança, se restar somente um ascendente em primeiro grau ou se concorrer com ascendentes de grau maior, receberá metade da herança.

Dias, ao interpretar o referido dispositivo, afirma que os pais herdam em partes iguais, sendo excluídos todos os demais ascendentes que, porventura, existirem. Restando somente um dos genitores, este herdará por inteiro, pois não há direito de representação na sucessão ascendente. Não existindo pais vivos, são chamados à sucessão os avós, dividindo-se a herança ao meio, metade para os avós paternos e metade para os avós maternos, mesmo que um dos avós da linha não seja vivo. No entanto, deve-se sempre observar a presença do cônjuge sobrevivente ou companheiro, caso em que lhe será reservada a meação. (2008, p. 130).

O inciso III do art. 1.829<sup>56</sup>, bem como o art. 1.838<sup>57</sup> do Código Civil, dispõem que na falta de descendentes ou ascendentes, o cônjuge receberá a integralidade da herança. (BRASIL, 2002).

Não havendo cônjuge sobrevivente, serão chamados à sucessão os colaterais até quarto grau, conforme dispõe o art. 1.839 e seguintes do Código Civil Brasileiro, não sendo relevante para o presente trabalho discutir a forma de sucessão dos herdeiros colaterais<sup>58</sup>. (BRASIL, 2002).

---

<sup>55</sup> CC/02. Art. 1.836 - Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

§ 1º Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.

§ 2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

CC/02. Art. 1.837 - Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

<sup>56</sup> CC/02. Art. 1.829 - A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: [...]

III - ao cônjuge sobrevivente;

<sup>57</sup> CC/02. Art. 1.838 - Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.

<sup>58</sup> CC/02. Art. 1.839 - Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.

CC/02. Art. 1.840 - Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos.

O direito sucessório do cônjuge não abrange aquele que estiver separado de fato há mais de dois anos, por entender o legislador que transcorrido esse tempo, não mais existe uma situação matrimonial<sup>59</sup>. (BRASIL, 2002).

Como foi possível visualizar ao longo deste trabalho, as uniões homoafetivas ainda não são reguladas pela legislação brasileira, no entanto, com base nos princípios constitucionais, a jurisprudência vem discutindo o tema, e com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ pelo Supremo Tribunal Federal em 2011, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, abriu um precedente para que estados brasileiros passassem a possibilitar a união estável homoafetiva.

Foi com base nos princípios constitucionais referidos no segundo capítulo deste trabalho, que se fundou a decisão do Supremo Tribunal Federal, dentre eles, o afeto como princípio, que se faz fundamental para a formação de uma família:

Basta a presença do afeto para se ver uma família, e nenhum limite há para o seu reconhecimento. Qualquer outro requisito ou pressuposto é desnecessário para sua identificação. No momento em que se inserem no conceito de família, além dos relacionamentos decorrentes do casamento, também as uniões estáveis e os vínculos monoparentais, mister enlaçar em seu âmbito mais uma espécie de vínculos afetivos: as relações homossexuais, hoje chamadas de uniões homoafetivas. (DIAS, 2013).

Desta decisão do STF decorreram direitos aos companheiros homoafetivos, e é importante entender o que acontece nestes casos, como fica a situação dos casais

---

CC/02. Art. 1.841 - Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar.

CC/02. Art. 1.842 - Não concorrendo à herança irmão bilateral, herdarão, em partes iguais, os unilaterais.

CC/02. Art. 1.843 - Na falta de irmãos, herdarão os filhos destes e, não os havendo, os tios.

§ 1º Se concorrerem à herança somente filhos de irmãos falecidos, herdarão por cabeça.

§ 2º Se concorrem filhos de irmãos bilaterais com filhos de irmãos unilaterais, cada um destes herdará a metade do que herdar cada um daqueles.

§ 3º Se todos forem filhos de irmãos bilaterais, ou todos de irmãos unilaterais, herdarão por igual.

<sup>59</sup> CC/02. Art. 1.830 - Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

homoafetivos que desejam oficializar a sua união para, dentre outros motivos, assegurar direitos sucessórios ao seu companheiro.

Além do testamento, que permite a disposição do patrimônio alterando a ordem da vocação hereditária prevista em lei, respeitados os direitos dos herdeiros necessários<sup>60</sup>, (nos quais não se inclui o companheiro), a única alternativa continua sendo a escritura pública de união estável, cujas regras também se aplicam às uniões estáveis homoafetivas. (BRASIL, 2002).

Como pudemos ver, a disciplina da união estável não se encontra regulamentada no Código Civil no capítulo que trata da ordem da vocação hereditária, sendo o assunto tratado em um único artigo, e nas disposições gerais do direito sucessório, em seu art. 1.790.

Injustificável a omissão da lei ao não inserir o companheiro sobrevivente na ordem de vocação hereditária. Reconhecida constitucionalmente a união estável como entidade familiar, desfrutam os conviventes do mesmo *status* que os cônjuges. O legislador cuidou da sucessão na união estável em um único artigo (CC 1.790), inserindo o companheiro no **quarto lugar**, depois dos parentes colaterais: primos, sobrinhos-netos e tios-avós. Somente na hipótese de não existir nenhum parente é que adquire a qualidade de herdeiro. (grifos da autora) (DIAS, 2008, p. 133).

De acordo com o art. 1.790<sup>61</sup>, o companheiro sobrevivente participará da sucessão do outro, somente nos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável.

Deste modo, se o falecido não adquirir nenhum bem na constância da união estável, “ainda que tenha deixado valioso patrimônio formado anteriormente, o

---

<sup>60</sup> CC/02. Art. 1.857 - Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

<sup>61</sup> CC/02. 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.

companheiro sobrevivente nada herdará, sejam quais forem os herdeiros eventualmente existentes”. (GONÇALVES, 2011a, p. 192).

Concorrendo com filhos comuns, terá direito a uma quota-parte igual à atribuída a cada um dos filhos, com filhos só do autor da herança, terá direito à metade do que cada um deles receber, e concorrendo com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança.

Somente se não houver nenhum parente sucessível, o companheiro receberá a integralidade da herança, o que também é questionado pela doutrina.

A integralidade da herança se refere a todos os bens do inventariado, ou somente àqueles adquiridos onerosamente durante a união estável?

Alguns autores sustentam que o companheiro não recebe a totalidade da herança, uma vez que a totalidade referida no *caput* do artigo refere-se apenas aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, sendo o resto dos bens considerados herança jacente, destinando-se então ao Poder Público:

Não havendo parentes sucessíveis, agora sim, o companheiro sobrevivente recebe a integralidade da herança (art. 1.790, IV). Porém mesmo nesta situação poderá haver concorrência na sucessão do falecido. É que a *totalidade da herança* a que se refere o inciso é aquela prevista no *caput*, ou seja, limitada aos bens adquiridos onerosamente na constância da união. Assim, sendo maior o patrimônio do falecido, aqueles bens não contemplados no *caput* serão tidos como herança jacente. Daí falar-se em “concorrência” do companheiro sobrevivente até mesmo com o Poder Público [...] (grifos dos autores)(CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 182).

No entanto, essa posição é minoritária na doutrina, pois a maioria dos autores, com base no art. 1.844 do Código Civil<sup>62</sup>, sequer considera a hipótese de os bens se destinarem ao Poder Público, e defendem que não havendo parentes sucessíveis, o companheiro recebe a totalidade da herança, uma vez que o referido artigo afirma que “não sobrevivendo cônjuge, *ou companheiro*” nem outros parentes

---

<sup>62</sup> CC/02 - Art. 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.

sucessíveis, ou se houver renúncia da herança, os bens se destinarão ao Poder Público. (grifo nosso) (BRASIL, 2002).

É possível visualizar claramente as diferenças de tratamento que se tem quando se trata de cônjuge ou de companheiro.

O companheiro não está incluído no rol de herdeiros necessários<sup>63</sup>, diferente do cônjuge, o que possibilita que o convivente disponha de todos os seus bens, sem reservar a metade de seus bens à legítima<sup>64</sup>. (BRASIL, 2002).

Quando concorre o companheiro com filhos comuns, recebe a título de herança uma parcela igual a dos filhos, sem a reserva obrigatória de 1/4 que tem o cônjuge sobrevivente.

Concorrendo com filhos só do autor da herança, ou com filhos comuns e do autor da herança recebe o cônjuge uma parcela igual a dos filhos, enquanto o companheiro recebe somente a metade do que os filhos receberem.

Quando concorrer com ascendentes, o companheiro terá direito a 1/3 da herança, enquanto o cônjuge recebe 1/3 quando concorrer com dois ascendentes de primeiro grau, ou metade quando concorrer com um só ascendente, ou se forem de maior grau os herdeiros.

Concorrendo com outros parentes sucessíveis, leia-se colaterais, o companheiro receberá 1/3 da herança, enquanto o cônjuge ficará com a integralidade dos bens.

A única situação em que o companheiro tem vantagem em relação ao cônjuge é quando, pelo regime da comunhão parcial de bens, os bens tiverem sido adquiridos na constância da união estável ou casamento (não houver bens particulares), situação em que o companheiro receberá a meação, e ainda concorrerá com os herdeiros, enquanto o cônjuge receberá somente a meação.

Afora isso, o companheiro sempre fica em situação de desvantagem perante o cônjuge, principalmente no direito sucessório, porém alguns autores sustentam que essa diferença é necessária, caso contrário não haveria motivo para existir a união estável:

---

<sup>63</sup> CC/02. Art. 1.845 - São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

<sup>64</sup> CC/02. Art. 1.846 - Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Equiparar em tudo estas duas formas de família significa acabar com a união estável, interferir drasticamente no desejo das pessoas de poderem escolher uma forma de constituir família que não seja o casamento. Ainda bem que o companheiro/convivente não é herdeiro necessário nem herdeiro concorrente. Pelo menos restou uma forma de constituir família em que o indivíduo tem a liberdade de destinar seus bens após a morte para quem bem entender. (PEREIRA, R., 2012a, p. 159).

Pereira R. afirma ainda, que cada um é responsável pelas escolhas que faz, e deve estar ciente das consequências.

[...] o sujeito é responsável pelas suas escolhas. Optar por constituir família pelo casamento tem vantagens e desvantagens, assim como optar pela união estável traz vantagens e desvantagens. O que o Direito deve garantir é a liberdade das pessoas de escolherem esta ou aquela forma de constituir família. Se não houver diferenças entre estas duas formas, não haverá liberdade de escolha. (2012a, p. 159).

De fato, cada um deve ter ciência das escolhas que faz, e das consequências que esta decisão trará. Mas como o próprio autor afirma, o direito deve garantir às pessoas a liberdade de escolherem.

Os casais heterossexuais têm essa liberdade garantida por lei, tanto de casar, como de constituir uma união estável, mas aos casais homoafetivos não é oferecida essa liberdade de escolha, pois pela legislação vigente, aos casais homoafetivos, não é permitido o casamento, o que torna escancarada a desigualdade vivida por eles.

Quando da separação do casal, os bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável são partilhados, o que parece justo. O problema surge no momento da sucessão, quando a discussão patrimonial se estende aos demais familiares, e não somente entre aqueles que construíram o patrimônio juntos, pessoas que, em grande parte das vezes, sequer tinham um relacionamento com o

*de cujus*, e até mesmo o hostilizavam pela sua escolha sexual. É o entendimento de Dias:

Essa solução se afigura aparentemente justa quando ocorre a separação dos conviventes. No entanto, se o fim do relacionamento decorre da morte de um dos parceiros, a injustiça dessa solução é flagrante. Com a separação, cada um recebe metade do patrimônio amealhado durante o período de vida em comum. Mas na hipótese de falecimento, outorgar somente a meação dos bens ao sobrevivente dá ensejo ao enriquecimento sem causa dos parentes que não são herdeiros necessários. Ao menos por metade é infringido o cânone que tanto repugna à justiça, pois se faz meia justiça quando se entrega metade do acervo hereditário, por exemplo, aos irmãos, tios, sobrinhos ou primos do companheiro falecido. Não se pode negar a ocorrência de injustificado proveito dos familiares – que normalmente hostilizavam a opção sexual do *de cujus* – em detrimento de quem dedicou a vida ao companheiro, ajudou a amealhar o patrimônio e se vê sozinho, abandonado e sem nada. (2007, p. 186).

Para solucionar essa imensa injustiça vivida pelo companheiro no momento da sucessão, alguns estados como São Paulo<sup>65</sup>, Paraná<sup>66</sup>, Bahia, dentre outros, em recentes decisões, passaram a possibilitar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, sem a necessidade de ingressar com uma ação judicial, para então converter a união estável em casamento civil. (BRASIL, 2013).

Foi um imenso avanço para a justiça brasileira, que vem caminhando ao encontro das evoluções sociais.

---

<sup>65</sup> As Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do estado de São Paulo, na Subseção V, “Do Casamento ou Conversão da União Estável em Casamento de Pessoas do Mesmo Sexo” possibilitaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo:

Art. 88. Aplicar-se-ão ao casamento ou a conversão de união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo as normas disciplinadas nesta Seção.

<sup>66</sup> Instrução Normativa Nº 2/2013, determinando:

1. Que os magistrados e agentes delegados dos Registros Cíveis de Pessoas Naturais do Estado do Paraná observem as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.183.378-RS) e por esta Corregedoria da Justiça (autos de consulta nº 2013.49650-9/000), procedendo à habilitação de pessoas do mesmo sexo para o casamento civil, nos termos dos artigos 1.525 e seguintes da Lei Federal nº 10.406/2002 (Código Civil).

1.1. Destaque-se que o pedido de habilitação somente deverá ser submetido à apreciação do Juiz quando houver impugnação do oficial, do Ministério Público, ou de terceiro, nos termos do artigo 1.526, parágrafo único, da Lei Federal nº 10.406/2002 e do item nº 15.3.12 do Código de Normas;

2. Que, em virtude da possibilidade de habilitação para o casamento homoafetivo, e desde que atendidas as demais exigências legais, seja deferida a conversão da união estável de pessoas do mesmo sexo em casamento civil;

O julgamento do Supremo Tribunal Federal em 2011, mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, que reconheceu como entidade familiar as relações homoafetivas, e abriu caminho para estas mudanças na posição dos tribunais do país, foi criticado sob o fundamento de que tal decisão seria uma afronta ao princípio da separação de poderes e que o Judiciário não poderia usurpar o papel do Legislativo. Mas pertence ao judiciário a função de preencher as lacunas da lei, assegurando a todos direitos iguais. (DIAS, 2011, p. 206).

Atualmente, existem no Brasil propostas de emendas legislativas, além de campanhas que são divulgadas de diversas formas, inclusive por redes sociais, visando possibilitar direitos iguais às pessoas do mesmo sexo. O slogan de uma delas é “Casamento Civil Igualitário: os mesmos direitos com os mesmos nomes”<sup>67</sup>, e que tem tido adesão de milhares de pessoas, todos em busca de um mesmo ideal: direitos iguais.

Por tudo isso, percebe-se a flagrante desigualdade dispensada aos casais homoafetivos, especialmente no direito sucessório, quando comparado com os casais heteroafetivos.

Apesar do Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, ter reconhecido as uniões homoafetivas como entidades familiares e dispensado a estas uniões igual tratamento às uniões estáveis, são perceptíveis os prejuízos que os casais homoafetivos têm ao não possuírem o direito de se casar.

É necessário e urgente que, com base nos princípios constitucionais supramencionados, especialmente o da igualdade, se façam alterações legislativas no sentido de conceder aos casais homoafetivos o direito de casar em todos os estados da federação, independente de ordem judicial.

---

<sup>67</sup> É possível visualizar os objetivos e ideais da referida campanha pelo casamento civil igualitário no site <http://casamentociviligualitario.com.br/blog>, a qual é encabeçada pelo Deputado Federal Jean Wyllys.

## CONCLUSÃO

A sociedade passa diariamente por constantes evoluções e, com isso, o Direito Brasileiro tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, ultrapassando os limites que outrora foram fixados pela Constituição de 1988, e buscando nela proteção às diversas formas de composição familiar, além daquelas elegidas na Carta Magna.

Como estudado, antigamente a família era uma instituição formada pelo casamento, e só através dele que se tinha uma família legítima. Os filhos advindos de relações extramatrimoniais não poderiam ser registrados. Famílias que não fossem formadas pelo casamento sequer tinham direitos reconhecidos.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, esta situação mudou, e foram reconhecidas como entidades familiares tanto as famílias constituídas pela união estável como a família monoparental, formada por qualquer um dos pais juntamente com seus filhos.

Os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e principalmente o do afeto, foram invocados na busca de proporcionar um tratamento igualitário a todos, sem distinção e sem interferência alguma do Estado, da família ou de qualquer outra pessoa, sendo mais importante o laço da afetividade existente no núcleo familiar, que as questões econômicas e patrimoniais que anteriormente guiavam a legislação.

O Direito de Família moderno, predominantemente, gira em torno do princípio da afetividade, e, apesar de não constar a palavra “afeto” na Constituição como um direito fundamental, pode-se dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana.

Os princípios constitucionais funcionam como uma espécie de guia ao legislador, e devem ser respeitados independentemente de orientação sexual.

No entanto, a atual Constituição nada se referiu às uniões homoafetivas, que são tão antigas quanto às uniões heterossexuais, porém sem os mesmos direitos reconhecidos pela legislação brasileira.

Esta situação pela qual os casais homoafetivos passam atualmente é semelhante a que passou a mulher que, em tempos idos, sofreu muita discriminação, não tinha voz na família nem na sociedade, sendo impedida inclusive de votar, e da união estável que sequer era reconhecida como entidade familiar, e com a Constituição de 1988, adquiriu status de família.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, para tentar amenizar a disparidade vivida pelos casais homoafetivos, proporcionou-lhes o direito de constituir uma família através da união estável, o que já foi um grande avanço, no sentido de que tais uniões passaram a ter o status de família e, com isso, passaram a ter alguns direitos, como o sucessório.

Esta decisão gerou certa polêmica, onde alguns doutrinadores afirmaram que uma decisão desse cunho ultrapassa os limites da jurisdição, pois o judiciário não poderia se usurpar de poderes legislativos, cabendo a estes a função de criar leis, e ao STF julgar de acordo com a legislação vigente.

Mas enquanto o Legislativo por qualquer razão não cumpre o seu papel, cabe ao Judiciário acompanhar as evoluções da sociedade e cumprir o que dispõe a Constituição, assegurando a todos direitos iguais. Além do mais, muitas vezes, é com base nas frequentes decisões judiciais que se realizam as alterações legislativas.

Como foi possível visualizar no decorrer deste trabalho, a sucessão realizada quando se trata de união estável é diferente do casamento.

Alguns autores sustentam que essa diferença é inconstitucional, outros que tal diferenciação é necessária, tendo em vista que, caso contrário, não haveria razão de existir a união estável, e que é lícito aos consortes optar pelo casamento ou pela união estável, e feita a opção, estarão cientes das consequências que a escolha de uma ou outra forma de união trará.

De fato, todos têm o direito de escolha e devem ter consciência das consequências que essas decisões trarão. Mas esta possibilidade que os casais heterossexuais têm de escolher se querem casar ou apenas manterem uma união estável não é dada aos casais homoafetivos.

No ordenamento jurídico atual, não há disposição acerca do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, e por este motivo, há divergência entre os

doutrinadores. Alguns sustentam não haver possibilidade do casamento, sob alegação de que não é possível a procriação e por ser condição de existência do casamento a oposição de sexos.

No entanto, nem a Constituição Federal nem o Código Civil fazem qualquer referência à necessidade de divergência de sexos para que se possa realizar o casamento, muito menos à necessidade de fertilidade. Sendo assim, casais mais velhos e pessoas inférteis não poderiam se casar. Fica evidente a discriminação.

O casamento em si pode até parecer insignificante para aqueles que o podem fazer, alguns até o consideram uma instituição falida, mas isso deve ser uma opção de quem deseja constituir uma família.

Não é justo que casais de sexos opostos possam exercer sua liberdade e casar com quem quiserem e os casais homoafetivos tenham restringido esse direito.

Todos pagam os mesmos impostos, fazem parte do mesmo mundo, têm deveres iguais, e deveriam também ter os mesmos direitos.

Está, na Constituição, o artigo 5º que dispõe que todos são iguais, sem qualquer distinção, sendo invioláveis os direitos à liberdade e à igualdade, e é dever do Estado assegurar a todos estes direitos. Direitos estes que não podem ser violados, sob a alegação de não existir lei que regule uma forma de constituição familiar que já existe há muito tempo.

Não podendo os casais homoafetivos casar, a única forma de constituição de família é a união estável, o que traz consequências desastrosas no campo patrimonial.

Receber cada um dos companheiros somente metade dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, permanecendo cada qual com os bens adquiridos anteriormente parece uma solução justa quando se fala de separação, mas, muitas vezes, um dos companheiros falece sem ter tempo de deixar em testamento alguma disposição contrária ao que regerá a lei no momento de sua morte.

Muitas vezes, os companheiros fazem planos, constroem juntos um patrimônio e quando um deles vem a falecer, o sobrevivente se vê numa desagradável situação de concorrência sucessória com pais ou irmãos do falecido,

pessoas que, em muitos casos, sequer mantinham vínculo com o falecido, até mesmo o rejeitaram por conta da sua opção sexual, situação em que o sobrevivente se vê em total desamparo.

Alguns estados brasileiros, por analogia e com base na decisão do STF, recentemente passaram a admitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, pois, se a união estável homoafetiva é considerada uma entidade familiar, e a Constituição Federal disse que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento civil, é possível também a conversão da união estável homoafetiva em casamento civil. E se o que não está vedado em lei é permitido, é possível o casamento civil homoafetivo diretamente, sem alteração ou intervenção judiciária. Porém ainda não são todos os estados que entendem desta forma.

Existem no mundo muitas diferenças de raça, cor, sexo, o que torna impossível e injusto tratar todas as pessoas da mesma forma. É necessário tratar de forma igual os iguais, e desigual os desiguais, a fim de que todos tenham o tratamento mais igualitário possível. Criar leis que façam com que aqueles que são discriminados, passem a ter tratamento igualitário e justo, equiparando-se então aos demais.

Por estes motivos, fazem-se necessárias alterações legislativas, no sentido de possibilitar o casamento civil igualitário, para que sejam uniformes os direitos em todo país, mas principalmente, para quem seja respeitada a Constituição, e que todos tenham “os mesmos direitos, com os mesmo nomes”.

## REFERÊNCIAS

BAHIA, Corregedoria Geral da Justiça. **Provimento Conjunto nº CGJ/CCI - 12/2012**. Disponível em:

<[http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/images/pdf/provimento\\_conjunto\\_12\\_2012.pdf](http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/images/pdf/provimento_conjunto_12_2012.pdf)>  
Acesso em: 05 dez. 2012.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. In KURI. Edição popular anotada. 5.ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Disponível em: <[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracaos\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracaos_aos_mocos.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/diferentes\\_iguais\\_lrbarroso.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26.ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. **Código Civil de 1916**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. **Conselho da Justiça Federal**. Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados Aprovados. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em 23 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 992.749-MS (2007/0229597-9)**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 26 de maio de 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num\\_registro=2007/0229597-9&data=5/2/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=2007/0229597-9&data=5/2/2010)>. Acesso em: 22 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. Rio de Janeiro, RJ, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CASAMENTO+HOMOAFETIVO%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 06 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 377**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=377.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAHALI, José Francisco; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito das Sucessões**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et. al. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Amor versus preconceito**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/15\\_-\\_amor\\_versus\\_preconceito.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/15_-_amor_versus_preconceito.pdf)>. Acesso em 18 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **União Homoafetiva: O preconceito e a Justiça**. 5.ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 22.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito das Sucessões. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro.** Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro.** Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011b.

IGUALDADE. In: **Dicionário de Português Online.** Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=igualdade>>. Acesso em: 05 out. 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil.** Direito de Família e das Sucessões. 3.ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil.** Famílias. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual de Direito de Família.** Barueri, SP: Manole, 2009. Disponível em <<https://upf.bv3.digitalpages.com.br/reader#3>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

MATO GROSSO. Corregedoria Geral da Justiça. **Provimento nº 36, de 1º de Junho de 2010.** Disponível em <[http://www.tjms.jus.br/sistemas/biblioteca/legislacao\\_comp.php?lei=26583&original=1](http://www.tjms.jus.br/sistemas/biblioteca/legislacao_comp.php?lei=26583&original=1)> Acesso em: 05 out. 2012.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. in SARLET, (Org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 107-149.

PARANÁ. Corregedoria Geral da Justiça. **Instrução Normativa nº 2/2013.** Disponível em <[http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/normatizacao/96\\_\\_9231625a8e12f381eff5984a77fb2282.pdf](http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/normatizacao/96__9231625a8e12f381eff5984a77fb2282.pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões.** 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil:** Direito de Família. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável.** São Paulo: Saraiva, 2012a.

\_\_\_\_\_. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2012b.

Reunião Nacional da Arpen Brasil repercute na imprensa de todo o país. **Arpen Brasil.** [2011?]. Disponível em

<[http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=5406&Itemid=96](http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=5406&Itemid=96)>. Acesso em: 18 abr. 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 0007252-35.2012.8.19.0000**, da 8ª Câmara Cível. Relator Desembargador Luiz Felipe Francisco. Rio de Janeiro, 17 de abril de 2012. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201200108500>>. Acesso em 06 dez. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. **Consolidação Normativa Notarial e Registral**. Disponível em <[http://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/CNNR\\_CGJ\\_Dezembro\\_2012\\_Provimento\\_19\\_2012.pdf](http://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/CNNR_CGJ_Dezembro_2012_Provimento_19_2012.pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70030975098**, da 7ª Câmara Cível. Relator Desembargador Jose Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 30 de setembro de 2009. Disponível em <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70030975098&num\\_processo=70030975098&codEmenta=3203043&templntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70030975098&num_processo=70030975098&codEmenta=3203043&templntTeor=true)>. Acesso em 06 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70048452643**, da 8ª Câmara Cível. Relator Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 27 de setembro de 2012. Disponível em <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70048452643&num\\_processo=70048452643&codEmenta=4924581&templntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70048452643&num_processo=70048452643&codEmenta=4924581&templntTeor=true)>. Acesso em 23 abril. 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Introdução ao Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SÃO PAULO. Corregedoria Geral da Justiça. **Provimento nº 58/89**. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/NormasExtrajudiciais/NSCGJTomoll.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**: Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2.ed. São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito das Sucessões. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil**. Direito de Família. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011b.

WALD, Arnaldo. **O Novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2000.