

HOMOAFETIVIDADE COMO NOVO NÚCLEO FAMILIAR EM SEU CARÁTER SUCESSÓRIO

Anna Paola Medeiros de Melo¹

Gabriella Simonetti Meira Pires Barbalho²

RESUMO

Considerando a família como maior vínculo existente na sociedade, já que sua maior e mais usada definição é tida com o termo base. A família é a base na estrutura da personalidade do ser humano, dividindo-se no âmbito psicológico e comportamental. Iremos abranger algumas das suas formas de manifestação, dando ênfase ao mais recente modelo familiar, família homoafetiva, com seu reconhecimento como união estável, e em especial, ao seu caráter sucessório. Utilizando do apoio previsto na Carta Constitucional, que relata que não é só a matrimonializada que merece tal definição. Discute-se a legalidade da sucessão homoafetiva com base em uma pesquisa jurisprudencial, baseada na leitura e análise doutrinária, através do modelo de metodologia hipotético dedutivo, a partir de um artigo de atualização. Elencando e frisando-se os atuais requisitos para o reconhecimento da união estável entre casais do mesmo sexo e quais direitos foram alcançados por estas pessoas no momento em que seu companheiro(a) vem a falecer.

PALAVRAS-CHAVES: Família. União Homoafetiva. Direito. Sucessão. Reconhecimento. Legalidade.

ABSTRACT

HOMO-AFFECTIVITY AS NUCLEAR FAMILY AND YOUR SUCCESSION CHARACTER

Considering family as the biggest relation in the society, since is taken as the base term in your largest and most used definicion. Family is the base in the structure of the personality of human being, dividing at the psychological ambit and the behavioral. We will embrace here some of your manifestations, giving enphasis to the most recent family model, homo-affective family, approaching your recognizing as stable union, and in special, to your succession character. Using the support provided in the Constitutional Charter, which reports that not only matrimonial that deserves such definicion. Discusses the legality of homo-affective succession based

¹ Acadêmica do curso de graduação em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN. e-mail: paolamedeirosmelo@gmail.com

² Orientadora. Professora de direito civil da UNIRN; Especialista em direito de família; Advogada.

on a jurisprudential research, based on reading and doctrine analysis, through the model of hypothetical deductive methodology, from an update article. Specifying and and highlighting the current requirements for the recognition of stable union between same-sex couples and which rights have been achieved by these people at the time that his partner, deceased.

KEYWORDS: Family. Homo-affective union. Right. Succession. Recognition. Legality.

1 INTRODUÇÃO

O presente tema foi escolhido e desenvolvido com o objetivo geral de analisar quais requisitos se fazem necessários para que um casal homoafetivo além de se tornar uma família de fato, quais seriam os direitos resguardados: o de praxe ou algum diferenciado no que tange a sucessão do de cujus perante o (a) companheiro (a) supérstite. O critério utilizado para a escolha do tema não foi tão somente a curiosidade sobre o assunto, mas o preconceito exarcebado. Embora seja uma realidade do mundo atual ainda é visto, por muitos, como aberração, absurdo ou pecado. Veremos, através da metodologia hipotético dedutivo, com base em pesquisas jurisprudenciais e leitura de doutrinas, amparado ao método dialético, que o direito brasileiro vai muito além das leis, ele tenta atrair e utilizar os costumes, a evolução e a valoração do princípio da dignidade da pessoa humana.

O termo “família” é um dos termos mais importantes e respeitados no nosso mundo. Acreditamos que tal acontecimento se deva ao fato da mesma servir como base, elo, vínculo além da responsabilidade pela conduta do ser humano. É na família que aprendemos a lidar com o mundo e temos a nossa personalidade formada. Entretanto, assim como demais termos, sofreu mudanças significativas e até hoje, ou melhor, ainda hoje sofre preconceito quem não a segue no seu modelo padrão. Modelo este onde o homem é o chefe da família e a mulher e filhos atores coadjuvantes que seguem a risca os ensinamentos.

No quesito casamento as mudanças são notórias por demais. Antigamente, em um mundo não muito distante, para casar se fazia necessário o casamento do “jeito certo” para que tivesse validade perante Deus e sociedade. O que seria esse “jeito certo”? Nada mais que a obrigatoriedade de um homem e uma mulher, porquanto, sexos opostos selarem união com a bênção Divina. Deste modo, sua

celebração era feita perante a presença de um Padre. O objetivo do casamento era único: a formação de uma família. E a mulher, conferia-lhe o papel da procriação, além dos cuidados com o lar e com o marido. Não necessariamente nessa ordem.

Os anos passaram, as pessoas mudaram, os costumes se transformaram e a sociedade evoluiu. Uma mudança significativa e importante começou quando a mulher deixou de ser uma atriz coadjuvante, passando assim, por muitas vezes a ser a atriz principal no que diz respeito à família. Logo, em muitas residências essas fazem tal papel com extrema maestria. O que acabou por torná-las mais visíveis para o mundo externo. Somado ao direito ao voto, ao divórcio, a mulher se destacou no mercado financeiro, ganhando respeito e enfrentando uma barreira do preconceito que ainda se faz presente em quase todos os assuntos no mundo de hoje.

A família mudou, ganhou formas novas. Ela agora podia ser constituída pelo casamento, matrimonial ou pela união estável, informal. Podia ser constituída pela convivência de um dos genitores com o(s) filho(s). Formada por parentes ou não parentes, dentro da estrutura familiar com a finalidade de propósito. Constituídas pelos relacionamentos paralelos, conhecido como concubinato. Pela busca da felicidade individual, como um processo de emancipação de seus membros. Podiam ser reconstituídas ou recompostas. Aquelas resultantes da pluralidade de relações parentais. E, aquela formada por pessoas do mesmo sexo, homoafetiva.

2 DIREITO DE FAMÍLIA E DIREITO HOMOAFETIVO

2.1 A FAMÍLIA TRADICIONAL E SEU AMPARO LEGAL

Um dos melhores conceitos de direito de família, foi exposto por Venosa, ao citar Beviláqua (1937:6), que diz:

Direito de família é o conjunto das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que deles resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.

Contudo, Venosa lembra que faltou a Beviláqua fazer menção as uniões sem casamento que representam um campo jurídico e sociológico. Entendemos como Direito de família o poder de regular as situações existentes entre seus diversos membros e as influências que elas exercem sobre as pessoas e seus bens. Venosa, por sua vez, utiliza-se, sabiamente, da definição de Beviláqua, onde diz: “No Direito canônico o casamento era pedra essencial para formação de uma família, sendo ordenado pelo marido”. Outra citação que define bem o papel do pai/marido e segue a linha de raciocínio da Igreja, é a seguinte:

O pai/marido transforma-se, assim, uma verdadeira fonte de criação de direito, de normas de organização interna da família que se impõe aos dependentes. A vontade do pai é lei (Diogo Leite de Campos Teixeira. In: 1993:20).

Assim, o casamento era tido como perpétuo, indissolúvel, com a finalidade de gerar filhos, constituindo uma família. Quando o matrimônio foi desvinculado da Igreja as portas se abriram para uma mudança positiva, se assim podemos defini-la. A família passa a ser mais que uma relação matrimonial taxativa, e começa a ser integrada pelo interesse moral e bem-estar social.

O Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002), segundo a linha da Constituição Federal (BRASIL, 1988), procura fornecer uma nova compreensão de família, apesar de ser algo discreto. Lá, se enfatiza muito o princípio da igualdade, onde o homem e a mulher são iguais. Assim como os cônjuges e companheiros também passam a ser possuidores de direitos iguais; filhos adotados, consumados dentro e fora dos casamentos não têm distinção.

O Direito da Família é por demais peculiar, não só pela sua natureza, como também pelas suas características: intransmissíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. A sociedade como um todo busca regulamentar a família da forma mais aceitável possível, o que acaba moldando-a devido ao tempo e ao espaço.

2.2 FAMÍLIA HOMOAFETIVA: DIREITOS E DEVERES

Indubitavelmente, há novos rumos do Direito de Família, tais como: preponderância dos elementos psicológico ou afetivo, desaparecimento do elemento sagrado, sociedade familiar como sociedade democrática e igualitária. Frisando, sempre, a importância do afeto. Olhemos, de acordo com Maria Berenice Dias:

É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é à vontade – **para inseri-lo no direito das famílias**, que têm com elemento estruturante o sentimento de amor que funde as almas e confunde os patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos. (grifo nosso).

Como relatado até agora, podemos enxergar algumas mudanças no conceito de família. O que mudou também foi o relacionamento homossexual, e a primeira mudança visível foi no nome, passou a ser união homoafetiva. Nota-se, com facilidade, que as mudanças são singelas. Voltamos a elencar uma observação feita por Maria Berenice Dias: “Os homoafetivos não são amparados legalmente, contudo, a falta de lei não é sinônimo de ausência de direito [...]”. Lembrando que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) protege expressamente a entidade familiar constituída pelo homem e pela mulher.

O fato do legislador não se fazer presente, faz com que o cidadão procure a justiça para o reconhecimento dos seus direitos, e é neste ponto que os homoafetivos se pegam e se fortalecem mais e mais, resguardados pelas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça. Os juízes são os maiores responsáveis pela resolução do conflito entre as relações homoafetivas, que assim como alguns autores que tratam do tema, utilizam-se do Caput do art. 5º da Carta Constitucional (Brasil, 1988), onde estão presentes os principais princípios para facilitação de fundamentação, segue:

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 [...].

Sabemos que a diferença do homossexual para o heterossexual vai além do fato da religião aceitar ou não, do comportamento e aprovação da sociedade. Ela abrange os direitos fundamentais ao fato de poderem se tornar partes legítimas na sucessão do de cujus, na adoção de crianças, no reconhecimento da união estável e no casamento.

Por tudo isso, faz-se necessário que os homoafetivos tenham seus direitos garantidos e assegurados como qualquer cidadão. De todos os princípios vigentes

na nossa Constituição Federal (BRASIL, 1988), o que é mais utilizado para a garantia desses direitos é o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio não precisa de muito para ser entendido, seu nome já nos diz que todo e qualquer cidadão, tem seus direitos resguardados, sem discriminação alguma, cor, idade, sexo, religião. Respeitando-se assim, a orientação sexual de cada um e sua individualidade. Todo ser humano merece ter sua dignidade sexual resguardada. Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p.60), relata que: “Dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração, por parte do Estado e da comunidade”.

Alinhado a dignidade da pessoa humana, temos os princípios da igualdade e da liberdade, estes, presentes no preâmbulo da Carta Constitucional de 1988, por conceder proteção a todos e vedar preconceitos e discriminação. Vale expor a diferença entre o preconceito e a discriminação. O preconceito é uma ideia errônea, um juízo irracional sem fundamentação. Já a discriminação, é o fato de tratar com diferença uma pessoa utilizando-se do preconceito. Podendo ser definida também como a exteriorização do preconceito. Por isso ninguém é punido por ter preconceito em relação a algo, mas sim quando discrimina alguém.

Importante assegurar o respeito à pessoa humana. Porém, mais importante ainda à prática diária. O que, com o devido respeito às escolhas alheias as nossas, gerará a falência da designação de crime, aberração e pecado ao ser humano homoafetivo. Por que antes de qualquer orientação sexual, existe o ser humano. Como nos afirma Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p.11), ao dizer que: “A verdadeira liberdade e o ideal de justiça estão naqueles ordenamentos jurídicos que asseguram um Direito de Família que compreenda a essência da vida: dar e receber amor”.

3 UNIÃO ESTÁVEL E UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

3.1 UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL

Por um longo período de tempo a união entre um homem e uma mulher, na ausência do casamento, era chamada de concubinato. Tal prática além de conter repúdio da sociedade, sofria um pouco com o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), pois, em alguns de seus dispositivos continham restrições, proibindo doações do

homem à sua concubina, como também a inclusão desta como beneficiária no seguro de vida.

Contudo, apesar da forma discreta e vagarosa, os direitos das concubinas foram vistos de forma diferenciada, no bom sentido. Tal fato, se deve a primeira regulamentação da norma constitucional que trata do assunto, a Lei nº 8. 971/94 (BRASIL, 1994). Companheiro é o homem e a mulher com união comprovada ou por mais de cinco (5) anos ou com filhos ou não, solteiros, (tendo sido divorciados, viúvos ou separados judicialmente). Posteriormente, veio a Lei nº 9.278/96 (BRASIL, 1996), que omitiu os conceitos de natureza pessoal, tempo mínimo de convivência e existência de prole, substituindo o termo “companheiro” pra “conviventes”. O apoio foi reforçado pelo Superior Tribunal Federal (STF), em sua Súmula 380.

Antes, as restrições vigentes no Código Civil caracterizavam, tão somente, o concubinato adulterino. Ou seja, o homem era casado, porém mantinha um relacionamento com outra mulher, fora do casamento, que seria a concubina. Se o homem estava separado, de fato, da mulher e começava a viver com a que mantinha um relacionamento extraconjugal, concubina, como se mulher dele fosse, a mesma teria seus direitos resguardados, deixando de ser concubina para ser a companheira.

Entretanto, vale reiterar que o legislador do Código Civil (BRASIL, 2002), fez questão de distinguir o entendimento da união estável com o do concubinato, não cabendo mais serem utilizadas como sinônimos. O termo concubinato caberá ao art. 1.727, do Código Civil (BRASIL, 2002). Sendo assim, as relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar, logo, é a união sem casamento, impura ou adulterina. Por outro lado, quando olhamos o art. 1.723, do Código Civil (BRASIL, 2002), notamos que a união estável é tratada como se matrimônio fosse. Leia-se:

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.

§1º - A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§2º - As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Frisa-se que o termo entidade familiar soa forte. Tal expressão foi introduzida pela Constituição Federal (BRASIL, 1988). Há quem diga que o reconhecimento da união estável é um paradoxo, por defender que quem opta pela união estável, geralmente, é com objetivo de não se prender a formalidade do matrimônio. E, seu reconhecimento o formalizaria, ficando então, um pouco contraditório. Rodrigo da Cunha Pereira diz: “A manifestação de liberdade encontra também limitações”. Assim sendo, temos uma publicização, ou seja, divulgação da vida íntima pelo legislador.

O reconhecimento da união estável se dará decorrente a manifestação de vontade dos conviventes ou a de qualquer interessado em comprovar a união, de fato. Óbvio que para isso, se faz necessário o preenchimento dos requisitos já mencionados anteriormente. Valendo-se, mais uma vez, da súmula 380, do Supremo Tribunal Federal (STF).

3.2 UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA NO BRASIL

No que diz respeito a união estável homoafetiva, a priori, os homossexuais não tinham amparo legal para tal conquista, é assim que eles chamam, foi preciso um respaldo jurisdicional. Citaremos alguns exemplos¹, de acordo com o que nos diz Maria Berenice Dias (2011, p.213) e Sérgio Alexandre Camargo (2011), para mostrar que foi uma conquista diária e demorada e inacabada, já que é uma luta constante. No ano de 1992, foi criada a Lei nº 8.441/92 (BRASIL, 1992), ampliando o seguro DPVAT - Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres - aos casais homoafetivos. Um tempo depois, no ano 2000, foi promovida uma ação civil pelo Estado do Rio Grande do Sul, em desfavor do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social - para que fosse estendido os benefícios previdenciários aos companheiros que estivessem vivendo numa relação homoafetiva.

Em 2005, foi a vez do Estado de São Paulo promover ação para que os companheiros homoafetivos tivessem autonomia para autorizar, ou não, a remoção e/ou doação de órgão do falecido(a). Em 2008, o Banco do Brasil iniciou um financiamento de imóvel aos casais homoafetivos que comprovassem a união. No

¹Exemplos retirados da obra União Homoafetiva: o preconceito e a justiça, por Maria Berenice Dias.

mesmo ano, houve a autorização do Ministério da Saúde para que o SUS - Sistema único de Saúde - realizasse a Cirurgia de Redesignação Sexual (CRS), que é a cirurgia de mudança de sexo. Em 2010, através da Súmula Vinculante nº 12, os planos de saúde passaram a incluir como dependentes os companheiros (as) homoafetivos. Mais adiante, o direito a pensão por morte foi alcançada, em alguns Estados brasileiros, com amparo nas jurisprudências, aos casais que viviam em união estável homoafetiva.

Em 2011, o direito adquirido foi o de poder colocar como dependente, o (a) companheiro (a), na Declaração do Imposto de Renda (IR). Aos homoafetivos que se encontravam cumprindo algum tipo de pena privativa de liberdade, foi adquirido o direito de visita íntima do (a) companheiro (a). E, ainda no decorrer do ano de 2011, a divergência no que diz respeito a bem de família foi sanada. Através da Lei nº 8.009/90 (BRASIL, 1990), que possibilitou aos casais homoafetivos os mesmo direitos oferecidos aos casais heterossexuais.

A exemplificação anterior prova a forma lenta como tais direitos foram adquiridos e embora pareçam muitos, infelizmente nos resta afirmar que são poucos. Já que os casais homoafetivos possuem segurança mínima, quiçá, escassa.

Agora, sabemos que a família homoafetiva também é um tipo de família, partindo do vínculo por afeto, entre pessoas do mesmo sexo, A previsão legal inexistiu, assim como sua vedação. Uma data histórica para os casais homoafetivos, foi o dia 05 de maio de 2011, onde o Superior Tribunal Federal (STF) realizou um julgamento, onde reconheceu, por unanimidade, como entidade familiar, a união homoafetiva. Resguardando aos casais homoafetivos os efeitos jurídicos contidos na união estável. Não foi só um julgamento, foi a prova de que o ordenamento jurídico brasileiro sabe se moldar aos anseios sociais, mesmo que de forma singela e lenta.

A decisão dada pelo Superior Tribunal Federal (STF) foi se ramificando pelas cidades brasileiras, no Estado de São Paulo, o Juiz da 2ª vara de Família e Sucessões de Jacareí, foi o responsável pela primeira sentença a proferir a conversão da união estável, entre um casal homoafetivo, em casamento. Posteriormente, foi a vez de Brasília, através da Juíza Júnia de Souza Antunes, que proferiu sentença de conversão da união estável, de casal homoafetivo, em casamento. Tal decisão foi o que levou, com toda certeza, ao reconhecimento da legalidade da habilitação do casamento civil, direto, entre pessoas do mesmo sexo,

pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no dia 25 de outubro de 2011, com votação majoritária.

Destarte, vale ressaltar que a decisão elaborada pelo Superior Tribunal de Justiça, não tem efeito vinculante. Logo, não há obrigação de seguimento pelos Tribunais inferiores. Apenas, criação de influência e precedentes para decisões do magistrado. Diferentemente do Superior Tribunal de Justiça, onde suas decisões têm efeito vinculante.

Importante elencar a Resolução do Conselho Nacional de Justiça, nº 175/2013, visto que por meio desta resolução foram gerados direitos e garantias aos casais homoafetivos. Nela, os casais homoafetivos podem se casar em Cartório, tendo registro e celebração efetivada pelo Tabelião, como casais heterossexuais. Note-se:

Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

No âmbito da legalização da união estável homoafetiva, não há mais um motivo pertinente para que não sejam aplicados os mesmos direitos elencados a união estável heterossexual, sendo assim, Vecchiatti (2008, p. 319-320), pondera que:

[...] há identidade de situações entre as uniões homoafetivas e heteroafetivas, visto que ambas são pautadas pela vida em comum, respeito, afeto, solidariedade mútua, assistência e tantos outros, donde, superada a letra fria da norma e tendo em conta a sua substância, seu fim social (em suma, acrescento, sua interpretação teleológica), percebe-se que as uniões homoafetivas representam efetivas entidades familiares e têm, portanto, que receber o mesmo tratamento jurídico dispensado as uniões heteroafetivas, razão pela qual é cabível o tratamento analógico para que isto seja possível.

Deste modo, para que exista a união estável entre pessoas do mesmo sexo, basta a vontade, interesse comum dos companheiros. Logo, caso haja vontade de

sanar a união, deverá ser proposta a sua dissolução – Dissolução de União Estável Homoafetiva, tendo a divisão dos bens patrimoniais constituídos em conjunto, durante a união, de acordo com o regime selado pelo casal. Como também, diante do exposto, a obtenção, ou melhor, conversão da união estável para o casamento, na ausência de quaisquer burocracia somada a já existente. Outrossim, não caberá distinção de direitos. Sanando, de forma abstrata, a diferenciação.

No que diz respeito ao casamento, sabemos que ele poderia se estender as pessoas de mesmo sexo, com apoio da Constituição, em seus princípios básicos do Estado Democrático de Direito, a isonomia e a dignidade da pessoa humana. Fazendo-os presentes nas leis constitucionais e infraconstitucionais, reduzindo, mais uma vez, o preconceito. Ou melhor, extinguindo-o de vez. Entretanto, sabemos que o casamento no ordenamento jurídico brasileiro tem maior notoriedade no âmbito religioso que civil. Logo, abrange a principal questão, que é a religiosa, englobando a moral. Portanto, não se admite no Brasil essa maneira expressa.

Ademais, frisa-se que aquilo que não é proibido presume-se permitido. Devido à inexistência de proibições, ocorrem com o passar dos anos, cerimônias celebrando o casamento entre pessoas do mesmo sexo, realizadas por Juiz de Paz e, pelo Tabelião de Cartórios, decorrente da Resolução 175/2013, do Conselho Nacional de Justiça.

3.3 UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA PELO MUNDO

Nossa ênfase é para a maneira como o Brasil se porta diante da união homoafetiva como um novonúcleo familiar e como se comporta diante do direito sucessório para tais famílias. Contudo, a nível de informação falaremos, de maneira sucinta, como os demais países veem tal situação.

Consoante Mariana Chaves (2011, p.50), o primeiro País a reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi a Holanda, no ano de 2001. Na América Latina, o pioneiro foi a Argentina, nove anos depois, em 2010. Destarte, há uma ressalva, seu reconhecimento não abrange todas as cidades, ficando regulada a união em Buenos Aires, Rio Negro e Villa Carlos Paz, somente.

3 RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E DIREITO SUCESSÓRIO

Até o momento, ressalvamos o olhar da sociedade no que diz respeito a homossexualidade, assim como a visão e comportamento do nosso ordenamento jurídico, bem como a sua evolução. Sabemos que a orientação sexual diverge da estipulada desde o início dos tempos, mas mesmo assim, ainda é tida, por muitos, como defeito genético, pecado, má educação, dentre outras nomeações. O que gera ou enfatiza a discriminação sofrida pelos diferentes, os homossexuais.

Vimos que os legisladores não tomam a frente por se acobertarem de receio, pela não aprovação da população, que por sua vez é formada por eleitores, de um país que se diz Democrático, porém, nem tanto. Vimos também a parte histórica dos relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, que partiu da falta de amparo legal e atingiu, em alguns países, a legalização do casamento.

Aqui, iremos abranger a legitimidade e possibilidade de sucessão de direitos decorrente do rompimento do relacionamento homoafetivo por causas naturais, do companheiro envolvido, com a presença jurisprudencial para salientar a linha seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Abordaremos a sucessão em sua maneira convencional para posteriormente analisa-la entrelaçada às pessoas de mesmo sexo.

O conceito de sucessão é muito bem definido por Silvo de Salvo Venosa (2011, p.1) onde: “suceder é substituir. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito. Esse é o conceito amplo de sucessão no direito”. Porquanto, sucessão é uma maneira de substituição de pessoas devido ao fato morte. Logo, suceder nada mais é que tomar para si, em substituição de outrem, direitos e obrigações do de cujus. Importante ter em mente que não podemos confundir o termo sucessão com herança. Aquela é uma substituição de pessoas, no caráter de transmissão. E esta, é a junção de todo o patrimônio adquirido pelo de cujus, em vida.

Para tanto, é preceito fundamental para a abertura da sucessão, a morte. A morte do titular do patrimônio. Sendo assim, é de extrema importância a fixação exata do termo morte, que dará a transmissão imediata do acervo aos herdeiros legítimos e testamentários. Chegamos então ao Sistema de Saisine ou princípio de Saisine, caracterizado pela apreensão possessória autorizada, ou seja, a transmissão do domínio e da posse aos herdeiros.

A herança é caracterizada por ser indivisível, enquanto se der ausência de inventário e partilha. Podendo ser aceita de forma expressa (escrita), tácita (prática de atos que configuram aceitação), e presumida (não há pronúncia pelo herdeiro., sendo seu silêncio caracterizado como aceitação. A aceitação da herança é total. Não existe aceitação parcial.

Quanto as penalidades atribuídas aos herdeiros temos a deserdação e a indignidade. A indignidade transforma o indigno em inexistente, como se morto fosse. No caso da deserdação, ela é faculdade do autor da herança, que através de testamento exclui algum herdeiro necessário pela prática de algum ato previsto legalmente.

3.1 O DIREITO SUCESSÓRIO NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Diante do breve e sucinto comentário acerca do direito sucessório, entraremos na divisão patrimonial envolvendo pessoas de mesmo sexo, que viveram em um relacionamento. Ou seja, quem dividia a vida ao lado do falecido. Sempre que possível voltamos a citar o fato da sociedade, como um todo, mostrar-se preconceituosa, tanto na forma moral quanto na religiosa, apesar de toda evolução do tempo. O que deixou, e continua a deixar, os casais homoafetivos sem amparo legal.

É imprescindível sanar tal discriminação para que o Brasil seja realmente democrático. Ou seja, todos os brasileiros, cidadãos, tratados de forma plausível, igual e justa. Diminuindo uma desigualdade, das inúmeras existentes, em todos os âmbitos.

A maior característica dos relacionamentos homoafetivos é o afeto. Eles são constituídos pelo afeto, e não por conveniência. Destaca Zeno Veloso (2012, p. 2008) que diz: “As famílias constituídas pelo afeto, pela convivência, são merecedoras do mesmo respeito e tratamento dados as famílias matrimonializadas. A discriminação entre elas ofende, inclusive, fundamentos constitucionais”.

Deste modo, é impróprio afirmar que o companheiro(a) homossexual seria ilegítimo para concorrer na sucessão do de cujus. Visto que, a pessoa que conviveu com seu parceiro(a) por toda uma vida, tendo parte na contribuição do patrimônio, acometido pela morte de seu companheiro, além da dor, já que toda e qualquer

perda gera dor, ainda mais no que tange a morte de alguém próximo e amado, teria que reivindicar, via judicial, por um direito que de fato é seu. Direito esse, dependente de provas da contribuição efetiva.

Porém, tal contribuição foi superada, de acordo com a afirmação de Dias, (2011, p. 153) onde:

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

Relatado tal fato, temos mais uma prova que o companheiro(a) homossexual é possuidor dos mesmo direitos que o companheiro(a) heterossexual. Não cabendo qualquer tipo de discriminação. Sendo assim, depois da morte de seu companheiro(a), o sobrevivente não mais precisa provar sua colaboração direta a aquisição patrimonial para recebimento da sua parte na herança.

É de extrema importância frisar que se continuasse da forma antiga, retrocedente, quem receberia a herança seriam os sucessores mais próximos do falecido. Por muitas vezes, eram os pais. Que, em sua maioria, sem generalizar, expulsam seus filhos homossexuais de casa, deixando-os a deriva, sem assistência, por estarem tomados pelo preconceito. O recebimento da herança do filho homoafetivo expulso geraria o que conhecemos por enriquecimento ilícito, o que não é permitido pelo nosso ordenamento jurídico. Caso não existisse herdeiros, a herança era dividida aos entes públicos.

Hoje, o companheiro homoafetivo terá assegurada a sua quota da herança, assim, na inexistência de algum herdeiro legal, lhe caberá a herança em sua totalidade. A herança quanto da ausência de herdeiros era classificada como vacante, sendo destinada ao Município, Distrito Federal ou União. Contudo, tal fato não ocorre mais. Quem, hoje, fica com a herança é o companheiro, de acordo com o relato de Louzada (2011, p. 400), que diz:

Caso o falecido tiver bens recebidos apenas a título gratuito, e não tiver descendentes, ascendentes ou colaterais, a doutrina majoritária entende que tais bens não deverão ser destinados ao Estado, mas ao companheiro sobrevivente.

Caso exista descendente exclusivo, o atual companheiro(a) concorrerá e receberá o mesmo que for destinado a ele. Se houver mais de um parente para concorrer, o companheiro terá resguardado seu direito a 1/3 (um terço) da herança, ainda conforme Louzada (2011, p. 400 – 401) quando diz:

Assim, se concorrer com descendentes exclusivos do falecido, terá direito a metade do que couber a cada um deles. [...] Vale dizer, caso o falecido tenha deixado irmãos, sobrinhos, tios, primos, tios-avós ou sobrinhos-netos (colaterais até 4º grau), o companheiro sobrevivente herdará tão somente 1/3 da herança. Entendemos ser inconstitucional tal determinação, uma vez que o companheiro sobrevivente fica em posição desfavorável m relação a parentes distantes.

Também existe o direito real de habitação aplicado ao companheiro sobrevivente, definido no art. 1. 831 do Código Civil (BRASIL, 2002): “É o direito assegurado ao cônjuge supérstite, no sentido de que possa usufruir do imóvel destinado à residência de família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.

No âmbito jurisprudencial temos a exposição da possibilidade de converter a união estável em casamento, por casais de mesmo sexo, depois da interposição de apelação judicial, assim segue a decisão:

Ementa: 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. (RIO GRANDE DO SUL, 2013a).

Como todo início tem um fim, nesse caso, a vida e a morte. Relatada a ausência do companheiro(a) decorrente de morte, resguarda-se então, as mesmas regras aplicáveis a casais heterossexuais. Transcrevemos assim, a ementa:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE. POSICIONAMENTO CONSAGRADO NO JULGAMENTO DA ADIN Nº 4277 E DA ADPF Nº 132. DIREITOS SUCESSÓRIOS. PREQUESTIONAMENTO. 1. Tendo em vista o julgamento da ADIn nº 4277 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. Na espécie, o conjunto probatório é robusto no sentido da caracterização do relacionamento estável, nos moldes do art. 1.723 do CC, razão por que deve ser emprestado à relação havida entre a recorrente e a companheira falecida tratamento equivalente ao que a lei confere à união estável havida entre homem e mulher, inclusive no que se refere aos direitos sucessórios sobre as duas casas construídas com esforço comum, o que foi reconhecido judicialmente, na forma do art. 1.790, III, do CC (pois concorre a insurgente com a genitora da falecida). 3. O magistrado não está obrigado a se manifestar sobre todos os dispositivos legais invocados pelas partes, necessitando, apenas, indicar o suporte jurídico no qual embasa seu juízo de valor, entendendo ter dado à matéria a correta interpretação jurídica. APELO PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2013b).

O posicionamento do nosso Tribunal de Justiça vale ser conferido. Nele, utiliza-se o afeto como requisito principal para o reconhecimento da união estável homoafetiva. Segue decisão:

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. A união homossexual no caso concreto. [...] Via de consequência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, tal como a partilha dos bens, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. União homossexual: lacuna do Direito. O ordenamento jurídico brasileiro não disciplina expressamente a respeito da relação afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo. Da mesma forma, a lei brasileira não proíbe a relação entre duas pessoas do mesmo sexo. Logo, está-se diante de lacuna do direito. Na colmatagem da lacuna, cumpre recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, em cumprimento ao art. 126 do CPC e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Na busca da melhor analogia, o instituto jurídico, não é a sociedade de fato. A melhor analogia, 58 no caso, é a com a união estável. O par homossexual não se une por razões econômicas. Tanto nos companheiros heterossexuais como no par homossexual se encontra, como dado fundamental da união, uma relação que se funda no amor, sendo ambas relações de índole emotiva,

sentimental e afetiva. [...] EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (RIO GRANDE DO SUL, 2013c).

Quanto à partilha de um bem adquirido posteriormente a união estável homoafetiva, é possível. E, o acórdão logo abaixo nos demonstra tal fato:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. VEÍCULO ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO HOMOAFETIVA QUE DEVE SER ARROLADO NO INVENTÁRIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE SUB-ROGAÇÃO. Comporta reforma a decisão que relegou para as vias ordinárias a discussão acerca da propriedade do veículo, porquanto o tema não configura alta indagação. Documentos acostados pelo inventariante confirmam que o automóvel foi adquirido na constância da união homoafetiva, com a contribuição de ambos os conviventes, já que não restou demonstrada a sub-rogação de bem particular. Bem que deve integrar o plano de partilha. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2013e).

Indubitavelmente, percebe-se que Brasil está no caminho certo para que no decorrer dos anos seja tido como um país cujo preconceito foi quebrado, quiçá extinto. Sabemos que o caminho é longo, porém possível. O anseio é que os direitos alcançados a alguns casais homoafetivos, possam ser transformados em Lei, Lei Federal, para que a discriminação aliada ao preconceito, seja relatada como algo do passado.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) nos afirma que a sociedade vigente no Brasil é caracterizada por ser fraterna, plural e sem preconceitos. Portanto, os que se destacam da maioria, no quesito diferença, devem ser respeitados.

4 CONCLUSÃO

No decorrer do trabalho em tela, podemos tomar ciência do comportamento do ordenamento jurídico brasileiro perante o reconhecimento da união estável entre casais do mesmo sexo. Bem como seu direito sucessório.

Primeiramente, foi relatada a visão história dos relacionamentos envolvendo homem e mulher, como união estável e casamento. E, logo depois, os

relacionamentos realizados por pessoas do mesmo sexo. Onde, percebe-se as etapas ultrapassadas no aspecto moral, social e religioso.

A sexualidade, envolvendo pessoas do mesmo sexo, que antes era vista como doença, aberração, má escolha ou opção desviada, hoje, passou a ser denominada de orientação sexual. A qual segue sua própria orientação sexual, e, não mais um rol taxativo que diz que homem só poderá se relacionar com uma mulher. A livre escolha, diminuiu, em partes a discriminação.

A Igreja, por não estar mais entrelaçada ao Estado, deu oportunidade para que ele se tornasse laico, possuidor de várias religiões e assim, não mais se fazia necessário o seguimento minucioso de suas teorias. O povo estava dividido quanto a religião. O Deus era um só, e as crenças foram se expandindo pelo país, de acordo com a cultura de cada povo.

Vimos também que não há uma legislação especial no Brasil para tratar do assunto. Contudo, notamos que alguns direitos, pertencentes aos homoafetivos, são aceitos e através de jurisprudências, propagados nos demais Estados do País. O que facilita, de maneira significativa, o alcance do direito a todos, por unanimidade, no decorrer do tempo que virá.

Ademais, verificamos que o bloqueio nesse assunto ainda é grande por demais. E, que, apesar de alguns doutrinadores e algumas jurisprudências adotarem a postura de aceitação e reconhecimento para com os casais homoafetivos, no âmbito do direito mínimo, ainda existem muitas decisões desfavoráveis. Isso se deve ao fato de muitos juízes transcreverem em suas sentenças, suas próprias convicções.

Agora, é mais viável o reconhecimento do companheiro sobrevivente como parte legítima na sucessão do de cujus. Entrando o uso do afeto como uma boa justificativa. Ora, o indivíduo convive durante anos, compartilhando a vida, o amor, os problemas e as soluções, colabora mutualmente com o parceiro no quesito moral e financeiro, compartilha da cumplicidade, na vontade da construção da família. Então, nada mais digno que este possa ter legitimidade como parte beneficiária na herança do de cujus.

Assim, a relação homoafetiva poderá, e, deverá, ser comparada a relação heterossexual. Já que o objetivo da união entre os casais é o mesmo: compartilhar a

vida, somando o amor. Logo, se ambos quiserem a conversão da união estável em casamento, terá a oportunidade de fazê-lo, com o auxílio do direito de família.

Por ora, temos sanada a dúvida no que diz respeito a legitimidade do companheiro homoafetivo, que permanece vivo, em pleitear a herança do de cujus. O companheiro vivo homoafetivo, tem total direito de fazer parte da sucessão concorrendo com os outros herdeiros, no mesmo patamar de igualdade. Resguardado pelo simples fato de ser companheiro do de cujus, não mais precisando de provas para comprovar sua contribuição financeira para o acréscimo do patrimônio do de cujus. E, caso não exista herdeiro para a herança, esta não mais será considerada vacante, como também não terá seu destino para ente federativo. Ficará, em sua totalidade, para o companheiro sobrevivente.

Devemos lembrar que tal avanço jurisdicional não se deve só ao afeto, nem as mudanças sofridas pela sociedade no decorrer dos anos. Cada conquista alcançada pelos casais homoafetivos não pode ser única, mas sim uma mistura de características. Tem um pouco da vontade, cumplicidade, amor, afeto, respeito para com o próximo e as diferenças, bom senso, amparo legal e o mais importante dos direitos: o direito a felicidade.

Por fim, faz-se o uso de pequenos versos da obra Poesias Inéditas, do grande poeta português, Fernando Pessoa: “O amor é o que é essencial; O sexo é só um acidente; Pode ser igual ou diferente.”

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

Constituição Federal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHAVES, Marianna, As uniões homoafetivas no direito comparado. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: o preconceito e a justiça. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

DIAS, Maria Berenice. Vínculos hetero e homoafetivos. In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família - IDEF (Coord.). **Homossexualidade**: discussões jurídicas e psicológicas. 10. reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito das sucessões. 11. ed. São Paulo: Atlas. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Apelação Civil Nº 70048452643, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 27/09/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2013a.

_____. Agravo de Instrumento Nº 70048440804, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 28/06/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2013e.

_____. Apelação Civil Nº 70045194677, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 22/03/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2013b.

_____. Embargos Infringentes Nº 70039338587, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/11/2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2013c.

_____. **Resolução nº 175/2013**, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/24675-resolucao-n-175-de-14-de-maio-de-2013>. Acesso em: 23. abril. 2014.