

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECO
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARINA BACKES BOTH

DIREITOS PATRIMONIAIS NA UNIÃO HOMOAFETIVA

CHAPECÓ (SC),
2012

MARINA BACKES BOTH

DIREITOS PATRIMONIAIS NA UNIÃO HOMOAFETIVA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó, UNOCHAPECÓ, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação da Prof^ª. Me. Sílvia Ozelame Rigo Moschetta.

Chapecó (SC), maio 2012.

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITOS PATRIMONIAIS NA UNIÃO HOMOAFETIVA

MARINA BACKES BOTH

Prof^ª. Me. Sílvia Ozelame Rigo Moschetta
Professora Orientadora

Prof. Me. Laura Cristina de Quadros
Coordenadora do Curso de Direito

Prof^ª. Me. Robson Fernando Santos
Coordenador Adjunto do Curso de Direito

Chapecó (SC), maio 2012.

MARINA BACKES BOTH

DIREITOS PATRIMONIAIS NA UNIÃO HOMOAFETIVA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de BACHAREL EM DIREITO no Curso de Graduação em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ, com a seguinte Banca Examinadora:

Me. Sílvia Ozelame Rigo Moschetta – Presidente

Daniela de Ávila Zawadzki – Membro

Carla Bortolotto – Membro

Chapecó (SC), maio 2012.

Aos meus pais, Edison Luiz Both e Isolde Maria Backes Both, que me deram a vida e me ensinaram a viver com dignidade.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela proteção nesta longa caminhada, pelas vitórias concedidas, e principalmente, por me ensinar que o importante não é me tornar uma pessoa de sucesso, mas uma pessoa de valor.

Aos mestres, em especial à professora Kassiana Ventura Oliveira, que iniciou esta jornada ao meu lado, e a minha orientadora Sílvia Ozelame Rigo Moschetta, que dedicou o seu tempo e a sua experiência para que essa formação fosse também um aprendizado de vida, que acreditou na minha capacidade, o meu carinho, meu respeito e profunda gratidão.

Aos meus pais, Edison Luiz Both e Isolde Maria Backes Both, que sonharam meus sonhos, dividiram comigo esperanças, despertaram em mim a coragem e trilharam ao meu lado o caminho para chegar a esta realização.

Ao meu namorado Eduardo Zeni, que me ofereceu sempre o melhor de si, por meio de olhares de apoio, palavras de incentivo, dos gestos de compreensão, das atitudes de segurança.

Aos meus queridos colegas, em especial Andressa Zander, Rafaela Moresco e Marcos Paulo Mocellin, que me deram a certeza que eu nunca estive sozinha.

Enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito. (Maria Berenice Dias)

RESUMO

DIREITOS PATRIMONIAIS NA UNIÃO HOMOAFETIVA. Marina Backes Both. Sílvia Ozelame Rigo Moschetta (ORIENTADORA). (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ).

INTRODUÇÃO) Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independentemente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. Surge então a problemática: após o reconhecimento da união estável homoafetiva, pelo Supremo Tribunal Federal, em 2011, como o direito patrimonial vem sendo alcançado aos conviventes, garantindo os seus direitos fundamentais? Nessa perspectiva analisar-se-ão as relações homoafetivas no mundo contemporâneo, abrangendo o conceito de homossexualidade, seus aspectos históricos, as questões de gênero e orientação sexual, assim como a relação dos direitos humanos e a proteção aos homossexuais. Será elucidado também o direito patrimonial, sua gênese, sua evolução normativa, especificando a forma que o direito patrimonial é abrangido no direito de família. Por fim, será comentado sobre os direitos patrimoniais na união homoafetiva previstos pela doutrina, dos quais passaram a ser regidos pelas mesmas regras que se aplicam à união estável de casais heterossexuais, após decisão do Supremo Tribunal Federal, em 2011, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar. (OBJETIVOS) Tem-se como objetivo geral desta pesquisa compreender como os conviventes homoafetivos vêm alcançando seus direitos patrimoniais após o reconhecimento da união estável homoafetiva, em 2011 pelo Supremo Tribunal Federal. Têm-se como objetivos específicos: discutir a evolução do conceito de família e verificar se a união homoafetiva é reconhecida como entidade familiar; estudar a gênese do direito patrimonial e sua evolução normativa; investigar se no Brasil, após o reconhecimento da união estável homoafetiva em 2011, regulamentou-se a questão dos direitos patrimoniais dos conviventes. (EIXO TEMÁTICO) O eixo temático do curso de Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó pelo qual o trabalho vincula-se é “Cidadania e Estado”. (METODOLOGIA) Foi utilizada para o desenvolvimento deste estudo a pesquisa bibliográfica, com fundamento em livros de doutrinadores renomados, jurisprudências, internet contendo informações sobre periódicos, reflexão teórica e maiores esclarecimentos sobre os Direitos Patrimoniais na União Homoafetiva, utilizando-se o método de abordagem dedutivo, que se trata de técnica argumentativa que parte do geral, pressupondo que existam verdades gerais já afirmadas e que sirvam de base para se chegar por meio delas a novos conhecimentos. (CONCLUSÃO) Conclui-se que, aos poucos as uniões homoafetivas ganharão a proteção jurídica equiparada à proteção dos casais heterossexuais, garantindo assim o respeito à dignidade da pessoa humana, de não discriminação e livre poder de escolha. (PALAVRAS-CHAVE) Direito patrimonial, família, união homoafetiva.

ABSTRACT

PROPERTY RIGHTS IN THE UNION BETWEEN SAME-SEX. Both Marina Backes, Sylvia Ozelame Rigo Moschetta (GUIDANCE). (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ).

(INTRODUCTION) Having lasting acquaintanceship, public and continuous between two people, established with the purpose of family formation, necessary to recognize the existence of a stable union. Regardless of sex of the partners, they are entitled to the same protection. Then comes the problem: after the recognition of the stable same-sex union, by the Federal Court of Justice, in 2011, how the economic rights to cohabiting has been reached, ensuring their basic rights? In this perspective will be analyzed same-sex relations in the contemporary world, including the concept of homosexuality, historical aspects, gender issues and sexual orientation as well as the relationship between human rights and protection to homosexuals. It will also elucidated the property rights, its genesis, its normative rules, specifying the way how the economic rights is covered in family law. Finally, it will be commented on the property rights in stable same-sex union established theory, which came to be governed by the same rules that apply to stable union of heterosexual couples, after the decision of the Federal Court of Justice, in 2011, recognizing the stable same-sex union as family entity. (Purpose) Has been the objective of this research to understand how homosexual cohabiting are reaching their property rights after the recognition of stable same-sex union, in 2011, by the Federal Court of Justice. We have as specific objectives: to discuss the evolution of the concept of family and verify if the stable same-sex union is recognized as a family entity, to study the genesis of the property rights and its normative evolution; to investigate if in Brazil, after the recognition of stable same-sex union in 2011, regulates the question of the property rights of cohabiting. (SHAFT THEME) The shaft theme of the Course of Law of the Universidade Comunitária da Região de Chapecó by which work is linked to is "Citizenship and the State." (Methodology) Was used for the development of this study the bibliographic research, based on books of renowned scholars, jurisprudence, internet containing information about journals, theoretical reflection and further information on the Property Rights in the stable same-sex union, using the method of deductive approach, that is about technical argument that part of the general, assuming that there are general truths already stated, and as a basis to get through them to new knowledge. (Conclusion) It appears that slowly stable same-sex unions gain legal protection equivalent to the protection of heterosexual couples, ensuring respect for human dignity, non-discrimination and free power of choice. (KEYWORDS) Property rights; family; stable same-sex unions.

LISTA DE SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CID – Classificação Internacional das Doenças

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

LISTA DE APÊNDICES

APÊNDICE A - ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA	77
APÊNDICE B - TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA	79

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO I	17
1 AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS NO MUNDO CONTEMPORÂNEO	17
1.1 Apontamentos históricos	17
1.2 Definição de homossexualidade	20
1.3 A questão de gênero e orientação sexual	22
1.4 Princípios do direito de família no Brasil	24
1.4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	25
1.4.2 Princípio da afetividade	28
1.4.3 Princípio da igualdade e respeito à diferença	29
1.4.4 Princípio do pluralismo das entidades familiares	30
1.4.5 Princípio da liberdade	31
1.5 Previsão legal da união homoafetiva	32
1.6 O reconhecimento da união estável homoafetiva no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal	32
CAPÍTULO II	37
2 DIREITOS PATRIMONIAIS	37
2.1 A gênese do direito patrimonial	38
2.2 A evolução normativa versando o direito patrimonial	41
2.3 O direito patrimonial no direito de família	45
CAPÍTULO III	52
3 DIREITOS PATRIMONIAIS NA UNIÃO HOMOAFETIVA	52
3.1 Direitos previstos pela doutrina	52
3.1.1 Alimentos	53

3.1.2 Partilha de bens.....	57
3.1.3 Sucessão e herança	61
3.1.4 Direito real de habitação.....	62
3.1.5 Benefícios previdenciários	64
3.2 Análise jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.....	67
CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS	73
APÊNDICES.....	76

INTRODUÇÃO

Nesta pesquisa será analisado se houve ou não o reconhecimento jurídico sobre os direitos patrimoniais na união homoafetiva no Brasil.

A relevância da temática está fundamentada no fato de que as uniões homoafetivas sempre existiram, deixando de ser com o passar do tempo, um assunto proibido, sendo um fato social que não pode ser negado. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independentemente do sexo dos parceiros fazem jus à mesma proteção.

O maior significado na decisão unânime do Supremo Tribunal Federal que reconhece as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, por analogia à união estável, referente ao julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n. 132/RJ e da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n. 4277, foi suprir a omissão do legislador, impondo vigência ao respeito à dignidade humana, aos princípios da igualdade e da liberdade previstos na Constituição Federal da República, à respeito dos direitos patrimoniais na união homoafetiva.

Desta forma, é imprescindível que haja respeito com o outro (a), assim como uma mudança de razão, racionalismo, a evolução do conceito de moralidade, o abandono de crucificações, pois a sociedade evoluiu, as questões sociais se transformaram, as problemáticas se alteraram diante do contexto histórico jurídico.

Com o propósito de se encontrar uma resposta ao tema designado - direitos patrimoniais na união homoafetiva – foi determinado o seguinte problema de pesquisa: Após

o reconhecimento da união estável homoafetiva, pelo STF, em 2011, como o direito patrimonial vem sendo alcançado aos conviventes, garantindo os seus direitos fundamentais?

Para a propagação do tema desta pesquisa foi determinado como objetivo geral compreender como os conviventes homoafetivos vêm alcançando seus direitos patrimoniais após o reconhecimento da união estável homoafetiva, pelo STF, em 2011.

No entanto, para atingir o objetivo geral proposto, foram delineados objetivos específicos para o melhor desenvolvimento da pesquisa, tais como: discutir a evolução do conceito de famílias e verificar se a união homoafetiva é reconhecida como entidade familiar; estudar a gênese do direito patrimonial e sua evolução normativa; investigar se no Brasil, após o reconhecimento da união estável homoafetiva em 2011, os direitos patrimoniais dos conviventes estão sendo assegurados pelas instâncias competentes.

Foi utilizada para o desenvolvimento deste estudo a pesquisa bibliográfica, com fundamento em livros de doutrinadores renomados, jurisprudências, e internet contendo informações sobre o periódico, reflexão teórica e maiores esclarecimentos sobre os Direitos Patrimoniais na União Homoafetiva, utilizando-se o método de abordagem dedutivo, que se trata de técnica argumentativa que parte do geral, pressupondo que existam verdades gerais já afirmadas e que sirvam de base para se chegar através delas à novos conhecimentos.

O eixo temático do curso de direito da Universidade Comunitária Regional de Chapecó pelo qual o trabalho vincula-se é “Cidadania e Estado”.

Contudo, ocorreu a divisão da pesquisa em três capítulos, tais como: I) As relações homoafetivas no mundo contemporâneo; II) Direitos patrimoniais; III) Direitos patrimoniais na união homoafetiva.

No primeiro capítulo será apresentado um estudo sobre as relações homoafetivas no mundo contemporâneo, abrangendo seus apontamentos históricos, o conceito de homossexualidade, as questões de gênero e orientação sexual assim como a relação dos direitos humanos e a proteção aos homossexuais.

Já no segundo capítulo será elucidado o direito patrimonial, sua gênese, evolução normativa, especificando a forma que o direito patrimonial é abrangido pelo direito de família.

Por fim, no terceiro e último capítulo, será comentado sobre os direitos patrimoniais na união homoafetiva previstos pela doutrina, tais como alimentos, partilha de bens, sucessão

e herança, direito real de habitação e os benefícios previdenciários, dos quais passaram a ser regidos pelas mesmas regras que se aplicam à união estável de casais heterossexuais, após decisão do STF, em 2011, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar.

CAPÍTULO I

1 AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

A questão das uniões homoafetivas está inserida no novo contexto mundial, encontrando resguardo nas novas tendências do Direito de Família, superando o paradigma da família institucional perante o reconhecimento dos novos valores e das novas formas de convívio das famílias contemporâneas.

O presente capítulo tem como objetivo discutir as relações homoafetivas no mundo contemporâneo, relatando alguns apontamentos históricos, abrangendo o conceito de homossexualidade, as questões de gênero e orientação sexual, os princípios constitucionais no direito de família no Brasil, assim como o reconhecimento desta união no Brasil em 2011, pelo Supremo Tribunal Federal.

1.1 Apontamentos históricos

Os atos homossexuais acompanharam todas as fases da história da humanidade, sendo diversamente interpretados e explicados, revelados de formas distintas, pelas várias culturas e civilizações, por meio de mitos, lendas, relatos ou encenações.

Com os estudos dos antropólogos, acredita-se que até a chegada dos ocidentais no século XIX, a existência dos homossexuais permaneceu inalterada por milhares de anos,

constatando-se que algumas formas de homossexualismo¹ já eram exercitadas a dez mil anos atrás (SPENCER, 1996, p. 19).

Conforme menciona Spencer (1996, p. 20) os mitos e rituais das tribos estudadas, com relação à sexualidade, eram diferentes, mas baseavam-se na mesma ideologia, na inseminação homossexual ritualizada nos meninos. Passada a infância dos meninos eles eram separados da mãe e levados para dormir com o pai na casa dos homens. Aos primeiros sinais de puberdade, o tio materno era convocado para penetrar analmente no menino, fornecendo-lhe dessa maneira o esperma que o tornaria forte.

Na Grécia antiga a homossexualidade era evidente, fazendo parte da educação do jovem grego, sendo considerado um privilégio para os bens nascidos, e estando presente na sociedade, representando além de aspectos religiosos, aspectos de ética comportamental, intelectual e estética corporal.

Enquanto a heterossexualidade era vista apenas para a procriação, a bissexualidade estava inserida no contexto social, sendo vista como uma necessidade natural e não como degradação moral (DIAS, 2001, p. 28).

As manifestações homossexuais eram evidentes, como por exemplo nas olimpíadas, onde os atletas competiam nus para mostrar sua beleza física e nas apresentações teatrais, onde os homens representavam papéis femininos usando máscaras ou travestidos.

Conforme Dias (2001, p. 28) o casal masculino mais famoso da mitologia grega era formado por Zeus e Gamimede, além de Aquiles com Patroclo e dos constantes casos de jovens com Apolo.

Os rituais de iniciação sexual dos adolescentes era uma forma de adquirir conhecimento, pois estes eram escolhidos pelo “preceptor”, como era chamado o homem mais velho, que era considerado um modelo de sabedoria, que transmitia seus conhecimentos ao jovem, fazendo parte das obrigações destes servir de mulher a seus preceptadores, para ficarem bem treinados para a guerra e para a política.

Assim, ressalta Moschetta (2009, p. 53):

¹ Homossexualismo: É formado pela raiz da palavra grega *homo*, quer dizer “semelhante”, e pela palavra latina *sexus*, passando a significar “sexualidade semelhante”. Exprime tanto a idéia de semelhança, igual, análogo, ou seja, homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa almeja ter, como também significa a sexualidade exercida com uma pessoa do mesmo sexo (DIAS, 2001, p. 37).

[...] a pederastia, isto é, homossexualidade masculina, também era observada em algumas culturas gregas e compreendia um processo educativo em que o homem mais velho (mestre) ensinava a arte da guerra, dos jogos, das virtudes e do amor, incluindo a iniciação sexual do jovem (aprendiz).

Com o domínio religioso da Igreja Católica a relação sexual entre pessoas do mesmo sexo passou a ser repudiada pela sociedade, sendo vista como uma transgressão à ordem natural, com uma finalidade diversa da procriação, e assim, constituindo pecado.

Como o matrimônio era única fonte de união, que se daria entre homem e mulher com especial objetivo de procriação, este fato fez com que o Direito tutelasse somente esta união, não prevendo assim, mudanças e avanços morais, como também, científicos e tecnológicos.

Com a união da Igreja Católica ao Estado, o seu monopólio foi aumentado, legitimou o seu poder político, passando a condenar os homossexuais por sodomia² e pederastia³, através do Tribunal da Santa Inquisição, aplicando penas de morte na fogueira e por apedrejamento. O preconceito à homossexualidade é oriundo da cultura e principalmente da religião, que influenciou e atingiu os textos normativos do Direito (DIAS, 2001, p. 31).

Entretanto, com o declínio dos laços entre o Estado e a Igreja, a partir da metade do século XX, novas estruturas de convívio passaram a existir, passando a surgir uma sociedade menos homofóbica, onde o prazer sexual deixou de ser criminoso, passando a haver maior valorização do afeto (DIAS, 2001, p. 33).

Uma rebelião de travestis nominada de motim de Stonewall, no Greenwich Village, em Nova Iorque, em 28 de junho de 1969, onde ocorreram protestos e brigas de homossexuais com a polícia, foi o que culminou com a institucionalização desta data como o Dia do Orgulho gay, hoje comemorado em todo mundo (DIAS, 2001, p. 34).

Sob a influência de um novo contexto social a homoafetividade passou a ser vista como fato social, passando a ser contestadas as posturas intolerantes perante esse fenômeno, iniciando-se movimentos em favor dos homossexuais pelo mundo inteiro.

Sendo assim, apesar da existência da homossexualidade ser comprovada há muito tempo, seu vocábulo só foi criado pela médica húngara Benkert, em 1869 (BRANDÃO, 2002,

² Sodomia é uma palavra de origem bíblica usada para designar as perversões sexuais, com ênfase para o sexo anal, que pode ser entre homossexuais ou heterossexuais. Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Sodomia>>. Acesso em: 09 Mai. 2012.

³ O termo pederastia, do grego antigo pederastia, as (παιδεραστία, de πας "menino" e ράω "amar"), designa o relacionamento erótico entre um homem e um menino. Por extensão de sentido, o termo é modernamente utilizado para designar, além da prática sexual entre um homem e um rapaz mais jovem, também qualquer relação homossexual masculina. Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Pederastia>>. Acesso em: 09 mai. 2012.

p. 15). Inúmeras foram as definições encontradas no decorrer dos tempos, e assim sendo, serão trazidas algumas com o objetivo de elucidar como esta união é reconhecida atualmente pelo ordenamento jurídico brasileiro.

1.2 Definição de homossexualidade

A homossexualidade foi entendida pela psicologia, inicialmente, como uma perturbação mental para, depois, compreender-se como obra do acaso, sem que existisse um planejamento ou que fosse uma opção a ser eleita.

Conforme menciona Dias (2001, p. 37) a expressão “homossexualidade” foi formada pela médica húngara Karoly Benkert, e incorporada na literatura técnica em 1869.

É derivada do grego homo ou homós, que significa “semelhante”, e da palavra latina sexus, relativo á “sexualidade semelhante”, tendo assim o significado de sexualidade exercida com pessoa do mesmo sexo.

A Organização Mundial da Saúde inseriu o homossexualismo no capítulo “Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais”, no ano de 1993. Já no ano de 1995, na 10ª revisão do CID-10, o sufixo “ismo”, que indica doença, foi substituído pelo sufixo “dade”, que significa modo de ser, deixando assim o homossexualismo de ser doença (DIAS, 2001, p. 42).

O homossexualismo era definido pela Classificação Internacional das Doenças (CID), como um desvio ou transtorno sexual. Com o tempo passou a ser entendida como uma diferente forma de ser referente ao relacionamento amoroso e sexual (DIAS, 2001, p. 43).

Analisando a homossexualidade como um jeito de ser, Dias (2001, p. 48) ressalta que:

Ainda que se desconheça a origem da homossexualidade, o certo é que se trata de uma tendência que não decorre de uma escolha livre. Se tivessem opção, muitos homossexuais prefeririam não o ser – *o que é uma boa prova de que não existe opção*. Assim como a atração por uma pessoa do mesmo sexo não nasce de um ato de vontade, nada justifica o desrespeito às expressões minoritárias da sexualidade, revelando-se de todo desarrazoada a total indiferença diante da diferença. (grifo do autor).

Quando a pessoa descobre que tem atração por outra pessoa do mesmo sexo passa por período de confusão, criando angústia e solidão. Até descobrir sua orientação sexual, se passa por várias dificuldades, em alguns casos não admitindo para si e muito menos para os outros.

O que gera todo esse sofrimento para o homossexual se descobrir e se revelar está ligado ao preconceito, à discriminação e à pressão social. Ser homossexual não é uma escolha, pois ninguém escolheria uma sexualidade que leva à discriminação, é uma orientação sexual. Logo, a discriminação por orientação sexual leva os homossexuais a receber tratamento desfavorável motivado por sua orientação sexual.

No entanto, orientação sexual é o termo utilizado para designar os relacionamentos que ocorrem entre pessoas do mesmo sexo, do sexo oposto, ou pessoas de ambos os sexos, ou seja, homossexuais, heterossexuais ou bissexuais (RIOS, 2001, p. 27).

Dessa forma, o vínculo afetivo entre os sujeitos fez com que uma nova terminologia surgisse, a homoafetividade, sendo necessário reconhecer que as uniões entre pessoas, independente da identidade sexual do par, constituem uma união de afetos que precisam ser identificadas.

Neste sentido, Dias (2011, p. 103) preconiza que:

Indispensável que se reconheça que os vínculos homoafetivos - muito mais do que as relações homossexuais – configuram uma categoria social que não pode mais ser discriminada ou marginalizada pelo preconceito. Está na hora de o Estado, que consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana, reconhecer que todos os cidadãos dispõem do direito individual à liberdade, do direito social de escolha e do direito humano à felicidade.

Maria Berenice Dias foi quem cunhou essa terminologia “homoafetividade”, com intuito de romper os paradigmas tradicionais e reconhecer o afeto no rancho familiar, expressando o vínculo que envolve o par, tanto homossexual, quanto heterossexual.

Conforme menciona Moschetta (2009, p.57) homossexualismo, homossexualidade, homoerotismo, homoafetividade, são algumas das terminologias usadas para se referir ao tratamento dado ao envolvimento de pessoas do mesmo sexo, destacando ainda, a dificuldade de se tratar a homossexualidade perante a escassez de conceitos que existe em relação a esta classe.

Independentemente da terminologia aplicada para se referir às pessoas que possuem atração sexual por pessoas do mesmo sexo, muitas ainda são aplicadas com preconceito. Assim, no intuito de evitar a discriminação e optar por uma postura democrática e contemporânea, serão utilizados nesta pesquisa, os termos “homossexualidade” e “homoafetividade”.

1.3 A questão de gênero e orientação sexual

Gênero é o que caracteriza o ser masculino e feminino, no seu modo de agir, se vestir, no seu comportamento, suas atitudes, valores e interesses. Orientação sexual é o sexo das pessoas que sentimos atração física, desejo e afeto. Isso é o que nos distingue dentre os tipos de orientação sexual: heterossexual, homossexual ou bissexual (SPENGLER, 2003, p. 27).

A identidade de gênero é algo inerente à pessoa, é um processo que se inicia com o nascimento se prolongando pela infância, até atingir a adolescência e se consolidando na vida adulta. Recebe influência de todos os fatores sociais de sua vida (SPENGLER, 2003, p. 28).

Ainda que tivessem a opção de escolher, muitos homossexuais escolheriam não ser, pois a homossexualidade não se trata de uma opção, se trata de uma tendência que não decorre de uma escolha livre. “A homossexualidade é um jeito de ser da pessoa, mas nunca uma escolha” (DIAS, 2001, p. 48).

Neste sentido, Dias (2001, p. 87) destaca que:

Qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana, a infringir o princípio maior imposto pela Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que acaba por fortalecer estigmas sociais e causar sentimento de rejeição, sendo fonte de sofrimentos a quem não teve a liberdade de escolher nem mesmo o destino de sua vida.

A orientação sexual difere-se do comportamento sexual porque diz respeito aos sentimentos e auto-determinação. Pessoas podem ou não expressar suas orientações sexuais através de seus comportamentos. Usualmente, a palavra homossexual é evitada em função de suas conotações negativas herdadas da maneira como era empregada no passado (DIAS, 2001, p. 46).

Nos dizeres de Rios (2001, p. 27) a orientação sexual é uma “direção do desejo ou da conduta sexuais que identificam os denominados “homossexuais””.

Ratifica-se o direito a não-discriminação por orientação sexual, pois a aplicação de direitos igualitários entre homossexuais e heterossexuais não infringe a lei, não há nenhuma norma que profira a orientação sexual diversa da heterossexualidade como ato ilícito ou atentatório à humanidade.

Neste sentido, Rios (2001, p. 70) ressalta que:

O princípio da igualdade, em sua dimensão formal, objetiva a superação das desigualdades entre as pessoas, por intermédio da aplicação da mesma lei a todos [...]. Na esfera da sexualidade, âmbito onde a homossexualidade se insere, isto significa, em princípio, a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, sem distinção de orientação sexual homossexual ou heterossexual. Essa é a consequência necessária que decorre do aspecto formal do princípio da igualdade, proibitiva das discriminações por motivo de orientação sexual.

O reconhecimento do princípio de igualdade exige que se confira em todas as pessoas, independente de sua orientação sexual, a qualidade de sujeito de direitos, não o identificando como heterossexual ou homossexual.

O sexo biológico (masculino ou feminino), não é suficiente para determinar a maneira como se irá sentir, expressar e viver nossa sexualidade, ou construir nossa identidade de gênero, nossa orientação sexual não pode ser determinada pela visão hegemônica de heterossexualidade como único padrão “normal” (SILVA JUNIOR, 2005, p. 44).

Neste sentido, ressalta Silva Júnior (2005, p. 45) acerca da orientação sexual humana:

Ao revés do que muitos equivocadamente ainda sustentam, não se pode falar em opção, visto que ninguém escolheria ter uma vida sexual culturalmente estigmatizada [...] Como os heterossexuais, aqueles que se sentem atraídos pelo mesmo sexo podem optar, tão somente, pelo modo como conduzirão a extensão dos seus desejos – se através de breves ou isolados contatos, se mediante os estabelecimentos de relações mais estáveis, não obstante às inúmeras e complexas variações que a sexualidade comporta.

A proibição de discriminação por orientação sexual vem sendo reconhecida pouco a pouco no direito constitucional brasileiro, fundado nos direitos humanos. Registra, além da existência da Proposta de Emenda Constitucional nº 139/95 de Marta Suplicy, que foi arquivada em fevereiro de 1999 a Proposta de Emenda Constitucional nº 67/99 de autoria do Deputado Federal Marcos Rolim, que reapresentou a PEC proposta pela Deputada Marta Suplicy visando à inclusão da orientação sexual como explícito critério proibitivo de discriminação, com ênfase nos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao nosso ordenamento jurídico.

Esta elucidação sobre gênero e a discriminação por orientação sexual demonstra que independentemente do tipo de orientação sexual, qualquer pessoa possui direitos que buscam garantir os princípios do ordenamento jurídico. Assim, é mister que o Estado democrático de direito respeite a diversidade da orientação sexual, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana que é consagrado pela Constituição Federal, e demais princípios que serão estudados no próximo item.

1.4 Princípios do direito de família no Brasil

Os princípios gerais significam o alicerce, os pontos básicos e vitais para a sustentação do Direito. São eles que determinam as regras para toda a espécie de operação jurídica. Constituem os fundamentos da ciência jurídica e a concepção em que se estrutura o Direito (PEREIRA, 2005, p. 24).

Nunes (2002, p. 37) aduz que:

O princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos horizontes do sistema jurídico e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

É necessário entender que entre as fontes do Direito, nos princípios gerais é onde se encontra a melhor forma de adequar a justiça nas áreas particulares de Direito, em especial no campo do Direito de Família.

Dessa forma, em razão da importância desta fonte do Direito é que se faz necessário preferir os princípios que regem o direito das famílias, destacando que tais princípios são consagrados pela Constituição Federal, sendo considerados como fundamentais valores sociais dominantes (PEREIRA, 2005, p. 36).

Importante ressaltar que a família teve o reconhecimento do legislador constituinte como base da sociedade, e a sua importância na formação das pessoas mereceu todo o aparato jurídico estatal, formado por normas e princípios, isto para aqueles que não os consideram norma jurídica, recebendo proteção do Estado, nos termos dos artigos 226⁴ e seguintes da Constituição Federal do Brasil.

Neste sentido, Oliveira (2002, p. 275) descreve que:

⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito de 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. (Regulamento) § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010) § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Coerentes com a estruturação do Estado Democrático Social, os princípios informativos do Direito de Família fincam as suas balizas no presente e lançam para o futuro a recepção dos seus conteúdos pelas novas gerações. A evolução do Estado e da própria sociedade deverá seguir as diretrizes fixadas no texto constitucional.

Ao referir-se sobre a evolução futura à estrutura familiar, Oliveira (2002, p. 275) fez alusão de que a estrutura familiar que está delineada na Constituição Federal é a garantia de que as novas gerações terão uma sociedade pluralista, democrática e que incentiva a liberdade de cada indivíduo a escolher qualquer forma de união familiar que proporcione a sua felicidade.

A força destes princípios deve preencher lacunas deixadas por outras normas, independente de serem expressas ou não, são princípios vitais e fundamentais, e sem os quais não é possível a aplicação de um direito que esteja próximo do ideal de justiça (PEREIRA, 2005, p. 36).

Dias, (2009, p. 59) destaca que “Os princípios que regem o direito das famílias não podem dispersar-se da atual concepção de família, dentro de sua feição desdobrada em múltiplas facetas”.

Diante de todos os princípios que norteiam o direito das famílias é difícil determinar a quantidade ou tentar nominar todos eles, sendo que alguns não estão escritos nos textos legais, que cada autor traz quantidade diferenciada, não se encontrando um número mínimo em que haja consenso (DIAS, 2006).

Assim, cabe trazer alguns dos princípios norteadores do direito das famílias, ainda que não se pretenda delimitar e nem esgotar seu elenco.

1.4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está elencado já no primeiro artigo da

Constituição Federal⁵, sendo considerado o princípio fundante do Estado Democrático de Direito, princípio este do qual se irradiam os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade.

As relações familiares devem sempre se orientar buscando proteger a vida e a integridade dos membros da família, baseados no respeito e assegurando os seus direitos de personalidade.

É direito da pessoa humana constituir núcleo familiar, assim como é direito seu não manter a entidade familiar formada, tendo como garantia constitucional ser feliz e dar fim àquilo que o aflige sem inventar motivos (DIAS, 2006).

Este princípio é o ponto central da discussão atual do Direito de Família, entrando em cena para resolver várias questões práticas envolvendo as relações familiares.

Assevera Dias (2006, p. 53):

O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos.

O princípio da dignidade da pessoa humana possibilita a identificação de direitos implícitos, cumprindo sua função como uma cláusula aberta, no sentido de auxiliar o surgimento de "direitos novos" não expressos na Constituição de 1988, mas nela implícitos, seja em decorrência do regime e princípios por ela adotados, ou em virtude de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, sendo assim, considerado um direito fundamental.

Em relação aos direitos fundamentais, Sarlet (2007, p. 69) destaca que:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização de poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Para além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as idéias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais.

Desse modo, verifica-se que os direitos fundamentais integram, ao lado dos princípios

⁵ 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: I – a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

constitucionais, o núcleo substancial formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias certas vinculação de cunho material para fazer frente aos aspectos da ditadura e totalitarismo (SARLET, 2007, p. 72).

Ainda, no mesmo sentido, Sarlet (2007, p. 74) evidencia que:

Há como sustentar que, além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores de igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente.

Além do mais, importante ressaltar que é contrário ao nosso ordenamento jurídico 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. São circunstâncias resultantes de lutas e conquistas políticas associadas à evolução do pensamento, desenvolvimento das ciências e das novas tecnologias. É a concepção de dignidade que possibilitou desenvolver os direitos humanos (PEREIRA, 2005, p. 94).

Martins (2006, p. 50) assim se manifesta:

A Constituição brasileira de 1988 avançou significativamente rumo à normatividade do princípio quando transformou a dignidade da pessoa humana em valor supremo da ordem jurídica, declarando-o, em seu art. 1º, inciso III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a qual se constitui em Estado Democrático de Direito.

Neste âmbito, a dignidade é um pressuposto do conceito de justiça humana, pois é ela que impõe a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso a dignidade é inata a pessoa, inerente à sua essência (PEREIRA, 2005, p. 95).

Contudo, a orientação sexual é um dos requisitos inafastáveis da dignidade pessoal de cada brasileiro. Ela pode inclusive, manifestar-se de diversas formas e todas devem ser respeitadas: com pessoas do mesmo sexo (homossexualidade), com pessoas do sexo oposto (heterossexualidade), com pessoas de ambos os sexos (bissexualidade) e ausência de relações sexuais (abstinência sexual).

Ainda neste sentido, Martins (2006, p. 115) destaca que:

A dignidade deve acompanhar o homem desde seu nascimento até a sua morte, posto que ela é da própria essência da pessoa humana. Assim, parece-nos que a “dignidade” é um valor imanente à própria condição humana, que identifica o homem como ser único e especial, e que, portanto, permite-lhe exigir ser respeitado como alguém que tem sentido em si mesmo.

Assim sendo, somente haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, não passando o homem, de mero objeto de arbítrio e injustiças, quando a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais forem, além de reconhecidos, assegurados, demonstrando-se verdadeiro respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, assegurando-se, sobretudo, as condições mínimas para uma efetivação das condições de vida dignas para todos.

1.4.2 Princípio da afetividade

A atual tendência da família contemporânea é a sua composição baseada na afetividade, sendo que o sentimento, e com ele a noção de afeto ganharam dimensões significativas, o que anteriormente eram dificilmente valorizadas.

Ainda que a Constituição não tenha o “afeto” como um direito fundamental, pode-se dizer que este decorre da valorização do princípio da dignidade da pessoa humana e merece ser visto como uma realidade digna de tutela (DIAS, 2006, p. 60).

Pereira (2005, p. 180) descreve que “é ser o afeto um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental”.

O afeto transforma as relações familiares, põe humanidade nas famílias, valoriza os vínculos conjugais que passaram a se sustentar no amor e no afeto, despontando famílias mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades, menos sujeitas a regras e mais ao desejo.

Neste sentido, Dias (2001, p. 102) ressalta que:

A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades.

Em se tratando de homossexualidade e heterossexualidade não se pode deixar de falar em afetividade. A sociedade evoluiu, os valores mudaram, sendo o parâmetro principal o afeto, e não mais a relação sexual. A homoafetividade tem de ser entendida como uma relação normal, possuindo como critério diferenciador apenas o fato de ser formada por pessoas do mesmo sexo.

1.4.3 Princípio da igualdade e respeito à diferença

O princípio da igualdade e o respeito às diferenças constituem um alicerce para as organizações jurídicas e para o Direito de Família, sem os quais não há dignidade do sujeito de direito, conseqüentemente não há justiça.

Para Dias (2010, p. 65) “É imprescindível que a lei em si considere todos igualmente, ressalvadas as desigualdades que devem ser sopesadas para prevalecer a igualdade material em detrimento da obtusa igualdade formal”.

A lei não deve ser somente aplicada igualmente para todos, deve ser prevista a igualdade na própria lei, concedendo igual tratamento aos seres de uma mesma categoria (igualdade formal), e a cada um segundo a sua necessidade, ou segundo os seus méritos (igualdade material).

Pereira (2005, p. 141) apresenta o seguinte posicionamento:

Para se produzir um discurso ético, respeitar a dignidade humana e atribuir cidadania é preciso ir além da igualdade genérica. Para isso devemos inserir no discurso da igualdade o respeito às diferenças. Necessário desfazer o equívoco de que as diferenças significam necessariamente a hegemonia ou superioridade de um sobre o outro. A construção da verdadeira cidadania só é possível na diversidade. Em outras palavras, a formação e construção da identidade se fazem a partir da existência de um outro, de um diferente. Se fossemos todos iguais, não seria necessário falar de igualdade. Portanto, é a partir da diferença, da alteridade, que se torna possível existir um sujeito. Enfim, é a alteridade que prescreve e inscreve o direito a ser humano.

A igualdade deve ser prevalecida dentro da diferença de cada ser. De nada adianta dar tratamento igual à todos, se todos não vivem de forma igualitária, não tem as mesmas condições e iguais necessidades.

Respeitar e valorizar as diferenças não significa aderir aos valores do outro, mas respeitá-los como expressão da diversidade, respeito que é, em si, devido a todo ser humano, por sua dignidade intrínseca, sem qualquer discriminação.

1.4.4 Princípio do pluralismo das entidades familiares

A Constituição Federal de 1988 reformulou as estruturas familiares, deixando de ser reconhecida como única base da sociedade as uniões matrimonializadas, sendo o princípio do pluralismo das entidades familiares o reconhecimento da existência de novos arranjos familiares.

As espécies de entidades familiares não são enunciadas exaustivamente pela lei maior, podendo o legislador infraconstitucional tratar de diversas famílias que não foram expressamente referidas na CF.

Com as inovações da CF de 1988 foi rompido o modelo familiar fundado unicamente no casamento, reconhecendo a união estável e a família monoparental. Mesmo que não tuteladas pela CF, as uniões homoafetivas são arranjos familiares que merecem ser abrigadas sob o manto do direito das famílias, com base no princípio da afetividade.

Neste sentido, elucida Dias (2006, p. 57):

Excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é simplesmente cancelar o enriquecimento injustificado, é ser conivente com a injustiça.

Estas inovações da CF trouxeram além de novas acepções para as famílias, princípios norteadores e determinantes para a compreensão e legitimação de todas as formas de família. A família passou a ser lócus de afeto, de comunhão do amor, em que toda forma de discriminação afronta o princípio basilar do Direito de Família.

Segundo Pereira (2006, p. 167):

É [...] da Constituição da República que se extrai o sustentáculo para a aplicabilidade do princípio da pluralidade de família, uma vez que, em seu preâmbulo, além de instituir o Estado Democrático de Direito, estabelece que deve ser assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade. Sobretudo da garantia da liberdade e da igualdade, sustentadas pelo macroprincípio da dignidade, é que se extrai a aceitação da família plural, que vai além daquelas previstas constitucionalmente e, principalmente, diante da falta de previsão legal.

Assim, os modelos familiares se alteraram com a fragmentação e diversificação de experiências de vida privada. A sociedade está mais tolerante, solidária, e principalmente respeitando mais as diferenças. Mas ainda há muito que precisa mudar, pois a vida como ela é, vem antes da legislação.

1.4.5 Princípio da liberdade

Juntamente com o princípio da igualdade, o princípio da liberdade foi um dos princípios que integrou a primeira geração de direitos a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, reconhecido como direito fundamental.

Assim, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa estão intimamente relacionados ao princípio da liberdade, do qual se refere “à liberdade do cidadão de fazer opções (dentre elas aquela que diz respeito à sua sexualidade) e de ter sua dignidade respeitada, não sofrendo discriminação e sendo tratado com igualdade” (SPENGLER, 2003, p. 64).

Neste sentido, Pinho (2005, p. 84) descreve que liberdade é:

A faculdade que uma pessoa possui de fazer ou não fazer alguma coisa. Envolve sempre um direito de escolha entre duas ou mais alternativas, de acordo com a sua própria vontade. O direito de liberdade não é absoluto, pois a ninguém é dada a faculdade de fazer tudo o que bem entender. Essa concepção de liberdade levaria à sujeição dos mais fracos pelos mais fortes. Para que uma pessoa seja livre é indispensável que os demais respeitem a sua liberdade. Em termos jurídicos, é o direito de fazer ou não fazer tudo o que a lei não proíbe.

Sendo assim, o direito à liberdade permite que todos façam o que desejam desde que não prejudiquem terceiros. As uniões homoafetivas não prejudicam a liberdade de ninguém, não existindo motivos para não serem reconhecidas pelo ordenamento jurídico.

A Constituição consagra estes princípios no âmbito familiar, dando a liberdade a todos de escolher o seu par de qual sexo for, assim como a família que deseja constituir, assegurando o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual (DIAS, 2006, p. 54).

A liberdade vem marcando as relações familiares ao permitir a extinção ou a dissolução do casamento e da união estável, assim como o direito de reconstituir novas estruturas de convívio.

Com o reconhecimento em 2011, da União Homoafetiva como Entidade Familiar, obteve-se uma reforma da identidade da família. É aplicada a mesma dignidade e igual merecimento de tutela às Entidades Familiares, sem hierarquia entre elas, fazendo jus a mesma proteção do Estado, como veremos a seguir.

1.5 Previsão legal da união homoafetiva

A base legal para o assentamento dos direitos das pessoas envolvidas em relação homoafetiva se encontra primordialmente junto a Constituição Federal de 1988, ao Código Civil – Lei 10.406/02, e as leis 9.278/96 e 8.971/94.

A Constituição Federal de 1988 de uma forma geral estabelece as linhas mestras que devem ser seguidas, ou seja, sem se preocupar diretamente com o tema ela aponta que se deve preservar os valores que garantam às pessoas a dignidade que lhe é inerente.

Isso ela determina expressamente ao prever junto ao artigo 1^o⁶ que um dos fundamentos do Estado brasileiro é a busca da dignidade humana e que para se garantir isso se deve realizar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que constam junto ao artigo 3^o⁷ e que envolvem a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O avanço jurisprudencial em relação às uniões homoafetivas tornou-se uma grande contribuição para a evolução dos efeitos advindos dessas relações, sendo, portanto, fundamental a sua análise para a melhor compreensão do assunto.

1.6 O reconhecimento da união estável homoafetiva no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal

Em cinco de maio de 2011 foi declarado possível pelo Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo no Brasil como

⁶ Art. 1^o - 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: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

⁷ Art. 3^o - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

entidade familiar, por analogia à união estável.⁸

O julgamento foi conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), n. 4277, proposta pela Procuradoria Geral da República, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, apresentada pelo governador do Estado do Rio de Janeiro.

A ADI n. 4277 pediu o reconhecimento dos direitos civis de pessoas do mesmo sexo, já na ADPF n. 132, o governo do Rio de Janeiro postulou que o regime jurídico das uniões estáveis fosse aplicado aos casais homossexuais, para que servidores do governo estadual tivessem assegurados benefícios, como previdência e auxílio saúde.

Em se voto, o Ministro Roberto Monteiro Gurgel Santos diz que:

De acordo com o Censo Demográfico 2010, o país tem mais de 60 mil casais homossexuais, que podem ter assegurados direitos como herança, comunhão parcial de bens, pensão alimentícia e previdenciária, licença médica,

⁸ 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. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 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. [...]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. [...] 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". [...] 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 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. [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4277. Requerente: Procurador-Geral Da República. Requerido: Presidente Da República Congresso Nacional. Relator Ministro Ayres Britto. 5 de maio de 2011. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277>>. Acesso em: 01 de Dezembro de 2011).

inclusão do companheiro como dependente em planos de saúde, entre outros benefícios.⁹

Os Ministros se revezaram em mais de dez horas de sessão na discussão e defesa dos direitos dos homossexuais à igualdade no tratamento dado pelo Estado aos seus relacionamentos afetivos.

No primeiro dia de sessão, o relator das ações, ministro Ayres Britto, com o intuito de excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil¹⁰ que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal.

Argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF¹¹ veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua orientação sexual.

Acompanhado integralmente pelos seus colegas, concluiu assim que qualquer discriminação em razão da união estável homoafetiva é contraditória com o inciso IV do artigo 3º da CF, enfatizando que “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”.

O Ministro Luiz Fux após afirmar que “Homossexualidade não é crime”, respondeu seu próprio questionamento sobre o porquê a homossexualidade não poder constituir uma família, dizendo que “Por força de duas questões abominadas pela Constituição Federal, que são a intolerância e o preconceito”¹².

Ainda, conforme o Ministro Luiz Fux, todos são iguais perante a lei, sem distinção que qualquer natureza, assim “nada justifica que não se possa equiparar a união homoafetiva à união estável entre homem e mulher”, afirmando ainda que:

Onde há sociedade há o direito. Se a sociedade evolui, o direito evolui. Os homoafetivos vieram aqui pleitear uma equiparação, que fossem reconhecidos à luz da comunhão que tem e acima de tudo porque querem erigir um projeto de vida. A Suprema Corte concederá aos homoafetivos mais que um projeto de vida, um projeto de felicidade.¹³

A ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha afirma em seu voto que os casais

⁹ Vide nota 6.

¹⁰ 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. [...]

¹¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:[...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹² Vide nota 6.

¹³ Vide nota 6.

homoafetivos não podem ser desiguados da maioria, ressaltando que as escolhas pessoais são livres e legítimas. “O Direito existe para a vida não é a vida que existe para o direito. Contra todas formas de preconceito á a Constituição Federal.”¹⁴

Os ministros Marco Aurélio Mendes de Faria Mello e José Celso de Mello Filho evidenciaram que o caráter leigo do Estado impede que a moral religiosa sirva de parâmetro para limitar a liberdade das pessoas.

Em seu Voto, o Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello assim dispõe:

Especificamente quanto à religião, não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual.¹⁵

Já os ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso discordaram em alguns aspectos, mas seguiram o ponto central da fundamentação.

Gilmar Ferreira Mendes observou que não caberia neste momento delimitar os direitos que seriam conseqüências de reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, enfatizando que “As escolhas aqui são de fato dramáticas, difíceis. Me limito a reconhecer a existência dessa união, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos”.¹⁶

Para Enrique Ricardo Lewandowski os direitos dos homossexuais devem ser reconhecidos, porém, de forma mais restrita. Para ele as uniões de pessoas do mesmo sexo devem ter os mesmos direitos dos casais que vivem em união estável, exceto aqueles típicos das relações entre um homem e uma mulher.¹⁷

Já para o Ministro Antonio Cezar Peluso afirma que nas uniões homoafetivas não podem ser aplicadas todas questões que se aplicam às uniões estáveis entre homem e mulher pois não se trata de relações idênticas, mas de equiparação. Concluiu dizendo que se faz necessário que o Congresso Nacional atue regulamentando a equiparação para situações que irão surgir a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal.¹⁸

O procurador geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, afirma que a ação

¹⁴ Vide nota 6.

¹⁵ Vide nota 6.

¹⁶ Vide nota 6.

¹⁷ Vide nota 6.

¹⁸ Vide nota 6.

tem como objetivo reconhecer que todas as pessoas, homossexuais ou heterossexuais, tem os mesmos direitos de formular e construir seus planos de vida desde que não firam direitos de terceiros. Para ele, a discriminação e a falta de reconhecimento dos direitos dos casais homoafetivos dificulta o exercício de sua liberdade, de viver a plenitude de sua opção sexual.¹⁹

Ao defender o reconhecimento das uniões homoafetivas, o advogado-geral da União, Luis Inácio Lucena Adams, afirmou:

O reconhecimento dessas relações é um fenômeno que extrapola a realidade brasileira e o primeiro movimento de combate à discriminação que sofrem esses casais vem do Estado, com o reconhecimento dos benefícios previdenciários.²⁰

A extensão dos efeitos dessa decisão não foi delimitada pelo tribunal, nesse sentido o relator do caso, o Ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto destaca que cabe às instâncias comuns resolverem os casos apresentados individualmente, pois não é possível prever todas as relações concretas que demandam a aplicabilidade da decisão, dizendo ainda que o Poder Legislativo é livre para dispor sobre isso.²¹

Contudo, mesmo com o avanço no entendimento que levou ao reconhecimento da união estável homoafetiva no Brasil, pode-se afirmar que ainda há um grande caminho a ser percorrido contra o preconceito, e uma constante busca do reconhecimento de todos os direitos.

Diante do exposto, importante elucidar sobre o embasamento dos direitos patrimoniais, sua gênese, sua evolução normativa versando estes direitos, e os direitos patrimoniais no direito de família para obtermos uma melhor compreensão de seus efeitos com o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas no Brasil.

¹⁹ Vide nota 6.

²⁰ Vide nota 6.

²¹ Vide nota 6.

CAPÍTULO II

2 DIREITOS PATRIMONIAIS

No primeiro capítulo o foco centrou-se no embasamento teórico da família, suas peculiaridades e principalmente a família no contexto pós-moderno. No entanto, com o intuito de atender à questão da presente pesquisa, amplia-se o estudo para o direito patrimonial, a ponto de se observar que além do direito pessoal há também o direito ao patrimônio, cuja origem advém das civilizações antigas, perpassa pelo direito romano e está posta nas relações jurídicas hodiernas.

O Direito Patrimonial é o campo do Direito Civil em que as pessoas se relacionam entre si, através dos contratos, com as coisas, adquirindo propriedade, com o objetivo de formar um patrimônio, que será transferido ou não aos herdeiros após a morte.

No direito patrimonial predomina a autonomia privada, em que a liberdade dos particulares é grande, não há a presença marcante do Estado. É permitido fazer tudo o que a lei não proíbe, diferentemente do direito público, por exemplo, no ambiente administrativo - onde só se faz o que a lei permite.

Contudo, para melhor compreender os direitos patrimoniais, é imprescindível estudar a sua gênese e a sua evolução normativa, verificando as mudanças ocorridas desde a época primitiva até a fase contemporânea, assim como estes direitos são aplicados no Direito de Família.

2.1 A gênese do direito patrimonial

Nos tempos pré-históricos, até a fase anterior à barbárie, as riquezas das famílias limitavam-se às suas vestes, aos seus objetos pessoais primitivos e as ferramentas utilizadas na busca diária por alimento (ENGELS, 2000, p. 57).

Com a evolução da família, a criação de gado, a domesticação de cavalos, camelos e outros animais, assim como os povos iam ganhando terreno, abriram-se novas formas de riquezas que até então eram desconhecidas. Começou-se a discutir a quem pertenceria essa nova riqueza (ENGELS, 2000, p. 57).

Segundo a lenda da fundação de Roma, esta era composta por gens de várias tribos, sendo que a gens romana era reconhecida uma instituição igual à gens grega. Analisar-se-á a seguir a constituição que a gens romana tinha nos primeiros tempos da cidade (ENGELS, 2000, p. 133).

Naquela época o direito de herança era regido pelo direito paterno, onde os descendentes por linha feminina eram excluídos da herança. Segundo a Lei das Doze Tábuas, primeiramente herdavam os filhos, não havendo filhos herdavam os parentes por linha masculina, e na falta destes, os demais membros das gens (ENGELS, 2000, p. 134).

Não podia haver casamento dentro da gens, a mulher precisava sair da gens para casar, perdendo assim seus direitos de herança, sendo que nem ela e nem seus filhos poderiam herdar do pai (dela) ou dos irmãos deste (ENGELS, 2000, p. 135).

A posse da terra em comum sempre existiu, desde que o território da tribo foi dividido pela primeira vez. Neste sentido, Engels (2000, p. 135) explica que:

Entre as tribos latinas, encontramos o solo possuído em parte pela tribo, em parte pela gens, em parte por casas, que na época dificilmente seriam de famílias individuais. Atribui-se a Rômulo a primeira divisão de terra entre indivíduos, à razão de dois *jugera* para cada um (mais ou menos um hectare). Mais tarde, contudo, vamos encontrar a terra ainda em mãos da gens, e isso sem falar nas terras do Estado, em torno das quais gira toda a história interna da república.

Além da posse de terra em comum, os membros das gens tinham a obrigação de se ajudarem e se socorrerem mutuamente, onde se reuniam para se vestir de luto e para pagar resgates de seus membros aprisionados nas guerras, sendo proibidos pelo senado de fazê-los.

Existiu também o direito de usar o nome gentílico, que foi permitido até aos escravos

libertos usarem o de seus antigos senhores, embora não era permitido a eles usarem quaisquer direitos gentílicos. Assim como para as famílias era permitido adotar estranhos, que trazia com ela a adoção pela gens.

Esta era a constituição de uma gens romana, representando os direitos e deveres de uma gens iroquesa (ENGELS, 2000, p. 136).

Com o passar dos tempos, os laços gentílicos permaneceram tão fortes que cerca de trezentos anos após a fundação de Roma, houve uma expedição de uma gens patrícia, onde foram trezentos Fábios em marcha contra a cidade próxima de Veies, e todos morreram em uma emboscada, salvando-se apenas um único rapaz que tinha se atrasado em caminho e foi quem perpetuou a gens.

O povo romano era composto por um conjunto de três tribos, sendo que dez gens formavam uma fratria, que se chamava cúria. Cada cúria tinha suas práticas religiosas e seus santuários e sacerdotes. Dez cúrias formavam uma tribo, que devem ter tido um chefe eleito, que era o supremo comandante na guerra e grão sacerdote (ENGELS, 2000, p. 139).

Portanto, para pertencer ao povo romano era necessário ser membro de uma gens, e conseqüentemente de uma cúria e de uma tribo, caso contrário, não poderia fazer parte deste povo.

Com a imigração e a integração de habitantes das regiões submetidas a esta, a população do território romano foi crescendo, entretanto, estes novos súditos do Estado não faziam parte das gens, cúrias e tribos, não fazendo assim, parte da população romana propriamente dita (ENGELS, 2000, p. 143).

Estes novos habitantes constituíam a plebe, pessoas livres, podiam possuir terras, eram obrigados a pagar impostos e eram sujeitos ao serviço militar, porém, não podiam exercer função pública ou beneficiar-se da distribuição de terras conquistadas pelo Estado.

Com o aumento de seu número, e ao passo que foram tomando mais espaço e mais riquezas, foi destruída a antiga ordem social de Roma, fundamentada nos vínculos de sangue. “Uma nova constituição a substituiu, uma autêntica constituição de Estado, baseada na divisão territorial e nas diferenças de riquezas” (ENGELS, 2000, p. 145).

Esta nova constituição marca a história da república romana, onde ocorreram as lutas entre patrícios e plebeus pelo acesso aos empregos públicos, pelas distribuições de terras do Estado, até a dissolução da nobreza patrícia e o surgimento de grandes proprietários de

dinheiro e de terras.

Os camponeses que foram arruinados pelo serviço militar perderam suas propriedades rurais para os novos detentores do dinheiro e das terras, que passaram a cultivar as propriedades através de escravos, formando assim enormes latifúndios. Despovoaram a Itália abrindo assim caminhos para o império e para o domínio dos bárbaros germanos, que sucederam ao império (ENGELS, 2000, p. 145).

Venosa (2006, p. 153) elucida que:

Na Idade Média, a propriedade perde o caráter unitário e exclusivista. Com as diferentes culturas bárbaras, modificam-se os conceitos jurídicos. O território, mais do que nada, passa a ser sinônimo de poder. A idéia de propriedade está ligada à de soberania nacional. Os vassalos serviam ao senhor. Não eram senhores do solo.

Dessa forma, a partir do século XVIII, passou a ser exigido pela escola do direito natural, leis que definiam a propriedade, idéia esta acolhida pela Revolução Francesa e traçada pelo Código de Napoleão com uma concepção excessivamente individualista.

Entretanto, no século XIX, com a revolução e o desenvolvimento industrial e com as doutrinas socializantes, esse individualismo perde sua força, passando-se a ser buscado o sentido social da propriedade (VENOSA, 2006, p. 153).

Observa-se, portanto, que a idéia de patrimônio está mais ligada aos direitos reais e ao conceito de propriedade e domínio. Assim, o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa denomina-se patrimônio. Denota-se, portanto, que:

Está intimamente ligado à personalidade. Mesmo os direitos obrigacionais, quando referidos ao patrimônio de alguém, são vistos em relação à titularidade, à apreciação de valor que possui para o sujeito. Cuida-se de bens incorpóreos que, como vimos, também integram o conceito de domínio. Daí por que o patrimônio engloba tão-somente direitos avaliáveis em pecúnia. Compreende um complexo de bens e direitos. Apenas por extensão semântica e figura de linguagem se pode falar em *patrimônio moral* ou *patrimônio da humanidade*. Os direitos puros da personalidade não tem repercussão patrimonial imediata. A honra, a boa fama, a liberdade são valores que terão repercussão apenas quando violados e derem margem a indenização por danos morais. No patrimônio, considera-se a universalidade de direitos e obrigações. Na sucessão *causa mortis*, exemplo mais característico, existe a transferência dessa universalidade. Evidentemente, a propriedade desempenha papel fundamental dentro do patrimônio, o qual, no entanto, não é constituído apenas dela. (VENOSA, 2006, p. 167).

Não há um conceito unívoco de patrimônio, pois o mesmo depende da circunstância em que se insere, “mas se compreende, *grosso modo*, como o conjunto das coisas atuais, futuras, corpóreas e incorpóreas, além de créditos e débitos, que estejam sob a titularidade ou

responsabilidade de uma pessoa e que possam ser objeto do tráfico jurídico” (LÔBO, 2010, p. 208).

Por sua vez, observa-se que toda pessoa natural ou jurídica tem patrimônio, pois se trata de algo extrínseco da personalidade, existindo junto à pessoa durante toda sua existência. Todavia, isso não impede que alguns bens de sua constituição sejam atingidos para certas finalidades, nem que alguma porção possa ser alienada.

Com a evolução da sociedade, a propriedade passou a ser concebida como direito de uso, gozo e disponibilidade de bens, de forma absoluta, centro do ideário liberal, concepção que é expressa no Código Civil e dele se irradia para as modernas codificações.

Por fim, conclui-se com a necessidade de entender a evolução normativa que versa o direito patrimonial, a codificação do Direito Civil, conferindo desde suas origens doutrinárias, percorrendo por sua evolução histórica, até chegar ao Código Civil de 2002.

2.2 A evolução normativa versando o direito patrimonial

Para a melhor compreensão da evolução normativa versando o direito patrimonial, é importante conhecer a história anterior à codificação, sua evolução até chegar ao Código Civil de 2002, e sua importância ao introduzir as tratativas patrimoniais no século XX.

Antes da declaração da Independência o nosso sistema normativo era totalmente influenciado pelo regramento português, que teve papel fundamental como fonte do direito brasileiro (LOBO, 2010, p. 32).

Ao se desligar do direito da Península Ibérica, a partir do século XIII, Portugal recebeu as “Ordenações afonsinas”, do rei Afonso VI, que foram promulgadas em 1446, pelo importante jurista português João das Regras (VENOSA, 2004, P. 26).

Importante ressaltar que as Ordenações Afonsinas, foi uma compilação de antigas leis, regras locais e costumeiras e o direito romano, dividido em cinco partes, dentre elas: organização judiciária, direitos do rei, processo judicial, contratos e sucessões, dos delitos e das penas.

Neste sentido, Lôbo (2010, p. 33) elucida:

Conjugava, portanto, direito civil e direito público. As doutrinas romanistas contribuíram para consolidar o poder absoluto dos reis, afastando o pluralismo dos costumes e regras dos senhores feudais. Paralelamente, em várias matérias (família, penas especiais, direito eclesiástico), vigorava o direito canônico.

Entretanto, tal ordenação foi reformada por D. Manuel, o Venturoso, publicando em 1521 as Ordenações Manuelinas, que tiveram vigência até o século seguinte. “As Ordenações Manuelinas introduziram o regime matrimonial da comunhão universal de bens, que persistiu no Brasil até a Lei do Divórcio, em 1977” (LÔBO, 2010, p. 33).

Não obstante, em 1603, sob o reinado de Filipe III, foram editadas as Ordenações Filipinas, baseadas na sistematização das matérias das Ordenações Manuelinas, contendo muitas matérias adquiridas de outras reformas estabelecidas durante o século XVI, assim como as colhidas de outras fontes.

Venosa (2004, p. 26), aduz que “As ordenações Filipinas surgem em 1603 e vão influenciar mais diretamente nossa vida jurídica, porque estarão em vigor, com modificações, é verdade, até o aparecimento de nosso Código Civil”.

Com a independência do Brasil, em 1822, a primeira Constituição brasileira, de 1824, foi sustentada pelas Ordenações Filipinas, até que fosse elaborada legislação própria. Porém, as tentativas foram inúmeras, e a demora mais longa do que se imaginava (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 83).

Em 1855 surgiu a Consolidação das Leis Civis, uma compilação elaborada pelo jurista baiano Augusto Teixeira de Freitas, que passou a preencher a lacuna do Código Civil, sendo o primeiro passo para a codificação. Ainda, neste contexto, Lôbo (2010, p. 35) afirma que:

A Consolidação veio a lume em 1858, mediante Decreto Imperial de 22 de dezembro. Nesse mesmo Decreto o governo autorizava a contratação de um jurisconsulto para a “confecção de um Projeto de Código Civil do Império”. Contratado em 10 de janeiro de 1859, Teixeira de Freitas deu à publicidade o texto parcial, acompanhado de comentários das propostas, a que atribuiu modestamente o nome de “Esboço”, com a finalidade de receber contribuições e críticas. Todavia, antes de concluir o projeto, chegou à conclusão que um Código Civil exclusivo não se justificava.

Ainda, no ano de 1865 foi publicado o chamado “esboço”, com 1.702 artigos neste mesmo ano, e posteriormente seriam publicados 1.314 artigos referentes aos direitos reais (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 84).

Todavia, diante das constantes reclamações e da necessidade de revisar o texto, em 1866, Teixeira de Freitas renunciou o cargo. Diante disso, no ano de 1872, Nabuco de Araújo

foi designado para cumprir a tarefa confiada a Freitas, mas acaba falecendo em 1878, deixando apenas 182 artigos redigidos (VENOSA, 2004, p. 27).

Sem êxito nas tentativas de codificação, outros juristas foram designados na frustrada tarefa de estabelecer um Código Civil. Nestas tentativas, foi designado, no ano de 1881, o jurista Joaquim Felício dos Santos e logo depois, no ano de 1890 o antigo professor da Faculdade de Recife, Coelho Rodrigues, porém, nenhum obteve sucesso (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 85).

Diante de tantas tentativas mal sucedidas, Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 85) explica que “Em 1895, nomeou-se nova comissão, agora especialmente designada para examinar se algum dos projetos abandonados poderia servir de base ao futuro Código Civil”.

Tal comissão designou para elaborar novo projeto, então, Clóvis Beviláqua, jurista cearense, que recomendou aproveitar o antigo projeto de Coelho Rodrigues. Contudo, em pouco mais de seis meses, especificadamente no ano de 1899, Beviláqua cumpriu sua função (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 85).

Após várias reuniões para críticas e emendas do Projeto, em 1912 o Senado concluiu o seu papel, encaminhado o Projeto à Câmara dos Deputados, que foi sancionado em 1916.

Nos ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 86):

Após mais de quinze anos de sua apresentação original, foi o Código Civil brasileiro, finalmente, aprovado em dezembro de 1915, sancionado e promulgado em 1^o de janeiro de 1916, convertendo-se na Lei n. 3.071/16, entrando em vigor em 1^o de janeiro de 1917. Destaque-se, porém, que, em função de uma série de incorreções, notadamente de redação, procede-se à sua reparação, com a Lei n. 3.725/17, sem modificações de conteúdo.

Seguindo o exemplo do Código Civil alemão, o Código Civil brasileiro de 1916 contou com uma Parte Geral, que tratava das noções e relações jurídicas entre pessoas, bens e fatos jurídicos, e a Parte Especial, que disciplinava o Direito de Família, das Coisas, das Obrigações e Sucessões (VENOSA, 2004, p. 29).

Neste contexto, Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 87) destaca que:

O Código Civil de 1916, [...] traduz, em seu corpo de normas tão tecnicamente estruturado, a ideologia da sociedade agrária e conservadora daquele momento histórico, preocupando-se muito mais com o *ter* (o contrato, a propriedade) do que com o *ser* (os direitos da personalidade, a dignidade da pessoa humana).

Destarte, desde a sua publicação várias leis foram modificando as suas disposições, como exemplo os prazos de prescrição, a adoção, o reconhecimento dos filhos adulterinos, o

Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio, o bem de família, entre outros (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 86).

Dessa forma, em 1940 foi nomeada a primeira comissão de reforma para revisar o Código Civil, que se ateve à modificar a parte geral das obrigações, com um Anteprojeto de Código de Obrigações (VENOSA, 2004, p. 30).

Em 1969, nova comissão foi designada, sob a coordenação de Miguel Reale, com o propósito de rever o Código Civil, apresentando em 1972 o seu Anteprojeto de Código Civil que foi aprovado pela Câmara dos Deputados no ano de 1984.

A Constituição Federal de 1988 também trouxe inovações ao Código Civil de 1916 devido ao auge de conquistas em matéria de Direito de Família, como o reconhecimento e proteção à união estável, a igualdade dos direitos do homem e da mulher, o novo sentido social da propriedade, a igualdade de filiação, entre outros.

Assim, com o passar do tempo, as leis especiais não tem mais a pretensão de regular as pessoas em geral, mas certos grupos de pessoas e relações, configurando estatutos de grupos, havendo assim a necessidade de uma atualização das leis civis (LOBO, 2010, p. 39).

Após anos de debate, em 2002, sem vetos, foi finalmente aprovado pelo Congresso Nacional o Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406), sancionado em de 10 de janeiro do mesmo ano, que, dentre outras modificações, consagrou a unificação do direito das obrigações no plano legislativo (LOBO, 2010, p. 40).

Venosa (2004, p. 31) preconiza que:

A estrutura do Código de 1916 é mantida, tanto que os artigos essencialmente técnicos possuem a mesma redação. O momento da história do Direito apontava, para muitos, não para a necessidade de uma codificação, mas para a manutenção dos chamados microssistemas jurídicos, mormente dentro do campo do Direito de Família. O sentido social é filosofia marcante no novo estatuto, em reação ao individualismo do velho Código, calcado ainda em idéias do século XIX.

Ademais, o novo Código Civil está fundamentado em três princípios norteadores, que permitem uma vida mais longa do que o antigo código, são eles: princípio da eticidade, o princípio da socialidade e o princípio da operabilidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 94).

Importante ressaltar que de todos os ramos jurídicos, são o direito civil e o constitucional os que mais se referem ao cotidiano das pessoas, sendo que as normas constitucionais incidem diária e permanentemente em nosso papel como cidadão, ao se

exercer a nossa cidadania e ao ser tutelados pelos direitos fundamentais.

A patrimonialização das relações civis que permanece nos códigos é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pela Constituição Federal brasileira. Neste sentido, Lôbo (2010, p. 61) destaca que:

É certo que as relações civis têm forte cunho patrimonializante, bastando recordar que entre seus principais institutos estão a propriedade e o contrato (modo de circulação da propriedade). Todavia, a prevalência do patrimônio, como valor individual a ser tutelado nos códigos, fez submergir a pessoa humana, que passou a figurar como simples e formal pólo de relação jurídica, como sujeito abstraído de sua dimensão real.

A Constituição trata dos princípios e regras direcionados à realização da função social da propriedade ao dispor em seu ordenamento a tutela da posse que importa limitação ao uso da propriedade, tutela da posse paralelamente ao direito de propriedade e a tutela da posse como modo de aquisição do direito de propriedade (LÔBO, 2010, p. 67).

Assim, considerando todo o exposto, faz-se mister esclarecer que “Não se pode, pois, entender o Direito Civil – em suas vigas fundamentais: o contrato, a propriedade e a família – sem o necessário suporte lógico do Direito Constitucional” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 91).

Diante disso, busca-se no próximo item compreender de qual forma o direito patrimonial está incluso no direito de família, assim como estudar os seus efeitos nas relações patrimoniais entre os cônjuges e nas uniões estáveis.

2.3 O direito patrimonial no direito de família

É em razão do regime de bens que o direito patrimonial está incluso no direito de família. Todavia, direito patrimonial nada mais é do que o conjunto de normas jurídicas aplicáveis a sociedade conjugal, sob o aspecto de seus interesses patrimoniais. Neste sentido, Gomes (2002, p.173), ressalta que regime matrimonial é “em síntese, o estatuto patrimonial dos cônjuges”.

Importante destacar que este “estatuto patrimonial dos cônjuges” compreende as relações patrimoniais entre os cônjuges, companheiros e entre terceiros e a sociedade conjugal.

Fachin (2003, p. 178) destaca que:

A percepção contemporânea dos regimes de bens cede passo a duas considerações introdutórias. De um lado, na limitação do exercício dos direitos subjetivos de crédito inseridos no passivo familiar, constituindo um patrimônio mínimo imune às execuções e à penhora. Os bens intocáveis da família, substrato mínimo. De outra parte, a flexibilidade do regime legal para apreender, nos casos concretos, a ponderação dos interesses patrimoniais, nomeadamente os da mulher.

Previsto no art. 1.711²² do atual Código Civil, o bem de família se insere neste contexto. A impenhorabilidade da moradia familiar e dos bens que a guarnecem foi instituída pela Lei n. 8.009, de 29/03/90.

Os bens provenientes do casamento são regidos por regras e princípios. “O direito regula os efeitos que das relações decorrem sob a nomenclatura dos regimes patrimoniais de bens. O governo dos bens pretéritos, dos presentes e dos futuros [...]” (FACHIN, 2003, p. 181).

Observa-se que o regime de bens entre os cônjuges abrange uma das conseqüências jurídicas do casamento, onde deve ser determinado o modo que o marido e a mulher devem colaborar para o lar, decidir a titularidade e a administração dos bens comuns e particulares, assim como em qual proporção esses bens respondem por obrigações perante terceiros (VENOSA, 2007, p. 303).

Importante ressaltar que regular a propriedade e a administração dos bens obtidos antes do casamento e os adquiridos posteriormente pelos nubentes, é a principal função do regime de bens, além do dever de alimentos à prole, o usufruto de seus bens e a sucessão dos mesmos.

Dessa forma, todo casamento deve ser regido por um regime de bens. São várias modalidades que permitem a livre escolha dos cônjuges, todavia, quando estes não desempenham essa opção, a lei supre a vontade, regulamentando o regime patrimonial de seu casamento.

Contudo, na Antiguidade a livre escolha não era possível entre os romanos, sendo imposto à mulher que seu marido seria o proprietário de seus bens, não tendo direitos sobre eles até a sua emancipação.

²² Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial. Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.

No Direito Romano, vigorava o princípio da absorção: o patrimônio da mulher era absorvido pelo marido, que se tornava único proprietário e administrador. Tratava-se de consequência do casamento, *cum manu*, ao qual já nos referimos. Como a mulher ficava sujeita ao poder *pater familias*, assim também ficavam seus bens. O antigo direito saxão também estabeleceu uma unidade patrimonial entre os esposos e foi aplicado igualmente nos Estados Unidos até meados do século XIX, sendo substituído pelo regime da separação, como consequência da emancipação da mulher. (VENOSA, 2007, p. 304).

No entanto, não existe uma conformidade nas legislações comparadas referente a essa matéria. Cada país apresenta uma legislação própria, que rege os regimes de bens de acordo com os costumes e necessidades sociais locais.

No Código de 1916 a mulher era definida como incapaz de realizar certos atos, necessitando de autorização de seu marido para exercer algumas atividades, como a de exercer alguma profissão ou receber uma herança.

Diante desta situação, no ano de 1962, foi publicada a Lei n. 4.121, que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada, mudando essa circunstância. O marido deixou de ser o chefe da família, a mulher passou a ter direitos de se tornar ativa economicamente sem necessitar de autorização do marido, assim como passou a ter direito sobre os filhos, podendo pedir a guarda dos mesmos em caso de separação (LÔBO, 2011, p. 69).

O Estatuto da mulher casada marcou o início de transformações na legislação brasileira a respeito dos direitos e deveres da mulher, auxiliando a alcançar um patamar de igualdade que foi garantido pela Constituição de 1988.

No Brasil, a escolha do regime de bens deveria anteceder o casamento, isso porque era garantido pelo Código Civil Brasileiro de 1916 a imutabilidade do regime escolhido, não permitindo que este fosse alterado no andamento da vida conjugal.

Não obstante, o Código Civil de 2002, em seu art. 1.639, §2²³, passou a aceitar a modificação do regime de bens, decorrendo apenas mediante autorização por meio de decisão judicial.

O Código de 1916 previa quatro regimes de bens, que eram: comunhão universal, comunhão parcial, separação e dotal. Tal legislação previa que no silêncio dos cônjuges, o regime de bens que ia reger o casamento seria o regime da comunhão universal (VENOSA,

²³ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. [...] § 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.

2007, p. 305).

Por sua vez, com a Lei do Divórcio, lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, a redação do Código de 1916 foi modificada, passando a ser disposto que o regime que regeria o casamento seria o regime da comunhão parcial de bens, decisão esta que foi mantida pelo Código Civil de 2002.

Como no antigo código civil, o novo código também prescreve quatro regimes de bens, no entanto, substitui o regime dotal pela participação final nos aquestos, são eles: a comunhão parcial; a comunhão universal; a participação final dos aquestos e a separação de bens.

Ademais, da mesma forma que está disposto no Código Civil Português, em seu artigo 1.698²⁴, o código civil brasileiro prevê a liberdade dos nubentes para a elaboração da escritura antenupcial, salvo as situações de separação obrigatória (VENOSA, 2007, p. 306).

Nesse sentido, Venosa (2007, p. 306), destaca que “embora seja facultativa a escolha do regime, os cônjuges necessariamente devem recorrer ao pacto se não desejarem a comunhão parcial”.

Destaca-se que o regime matrimonial de bens é ordenado por três princípios fundamentais, que são: variedade dos regimes, liberdade dos pactos antenupciais e imutabilidade do regime adotado (GOMES, 2002, p. 173).

Gomes (2002, p. 173), assim se manifesta acerca destes princípios:

Pelo primeiro, significa que a lei não impõe um regime matrimonial, mas, ao contrário, oferece a escolha dos nubentes diversos, que define em linhas gerais. O segundo é corolário do primeiro. Os nubentes podem escolher, em princípio, o regime que lhes convenha, [...] eis que podem combiná-los, formando regime misto, uma vez respeitadas as disposições legais de ordem pública. Necessário que estipulem, mediante pacto antenupcial, o regime que escolheram. Na escolha há liberdade, mas o legislador, por motivo de precaução ou para punir os nubentes, impõe, em certos casos, determinado tipo (regime obrigatório). Pelo terceiro princípio, proíbe-se toda alteração do regime matrimonial após a celebração do casamento. Os nubentes podem escolher qualquer regime, definindo-o no pacto antenupcial, mas, realizado o matrimônio, não lhes permite a adoção de outro nem a modificação parcial daquele sob o qual estão vivendo. Até que se dissolva a sociedade conjugal, pela morte ou pela separação, o regime matrimonial permanece imutável. Admite-se, entretanto, que, em pacto antenupcial, se convencie que o regime da separação seja substituído pelo da comunhão, se o casal vier a ter filho.

²⁴ Artigo 1698.º (Liberdade de convenção) Os esposos podem fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos neste código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei.

Verifica-se que o princípio da imutabilidade do regime de bens é aplicado como uma segurança para os nubentes e para terceiros, mesmo não sendo aceito por algumas legislações comparadas. Porém, não há razões para mantê-lo, pois a própria lei estabelece a permissão para alteração do regime de bens entre os nubentes, como dispõe o art. 1.639, § 2^o²⁵ do atual código civil.

Neste sentido, Gomes (2002, p. 174) ressalta que:

Necessário, apenas, que o exercício desse direito seja controlado a fim de impedir a prática de abusos, subordinando-o a certas exigências. Assim é que a mudança somente deve ser autorizada se requerida por ambos os cônjuges, justificadamente. Seu acolhimento deverá depender de decisão judicial, verificando o juiz se o pedido foi manifestado livremente e se motivos plausíveis aconselham seu deferimento. Finalmente, só é de ser acolhido se não for feito com o propósito de prejudicar terceiros [...]. Protege-se, desse modo, o interesse de quem quer que tenha contra qualquer dos cônjuges um direito cujo título seja anterior ao registro da mudança do regime.

No que diz respeito à liberdade de escolha do regime de bens, existem exceções nas quais a lei estabelece o regime de separação obrigatória de bens, independente da vontade das partes, conforme dispõe o art. 1.641²⁶, do atual código civil brasileiro (VENOSA, 2007, p. 307).

Salienta-se que o objetivo destas causas suspensivas previstas em lei, é a preservação do patrimônio não só de um dos cônjuges, companheiros, como também seus filhos, herdeiros e ex-cônjuges, a fim de resguardar os seus direitos.

No que se refere ao regime da comunhão universal, os bens que os cônjuges possuíam antes de casar tornam-se comuns, assim como os adquiridos depois do casamento. Cada cônjuge tem direito à metade do patrimônio em comum. Neste sentido, Venosa (2007, p. 320) elucida que:

No regime da comunhão universal, há um patrimônio comum, constituído por bens presentes e futuros. Os esposos têm a posse e propriedade em comum, indivisa de todos os bens, móveis e imóveis, cabendo a cada um deles a metade ideal. Como consequência, qualquer dos consortes pode defender a posse e a propriedade dos bens. Cuida-se de sociedade ou condomínio conjugal, com caracteres próprios.

²⁵ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. [...] § 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.

²⁶ 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.

Entretanto, existem exceções previstas pela lei que são constituídas pelos bens comunicáveis e dívidas da responsabilidade de um só dos cônjuges, exceções estas previstas no art. 1.668²⁷ do atual código civil brasileiro.

Já a particularidade do regime da separação de bens está disposta no art. 1.687²⁸ do código civil, onde está prenunciado a incomunicabilidade dos bens presentes e futuros dos nubentes, “permanecendo cada qual na propriedade, posse e administração de seus bens”, conforme aduz o autor Venosa (2007, p. 328). Neste regime os nubentes são obrigados a contribuir com as despesas de acordo com o rendimento de seus bens, exceto quando previsto contrário em pacto antenupcial.

Logo, no regime legal da comunhão parcial de bens, previsto no art. 1.658²⁹, do código civil, são comunicáveis todos os bens que cada um dos cônjuges possui ao tempo do casamento, comunicando-se apenas os bens adquiridos após o casamento, formando-se assim, uma comunhão de bens do casal.

Gomes (2002, p. 183), preconiza que:

Na falta de pacto em contrário prevalece o regime da *comunhão parcial ou limitada*, sob a forma de *comunhão dos aquestos*. Considera-se o casamento feito segundo esse regime, se não houver convenção em contrário. Dantes, o regime legal era o da *comunhão universal de bens*, mas a chamada lei do divórcio o substituiu pelo regime da *comunhão parcial*, que se denominava de *simples separação de bens* antes do Código Civil (grifo do autor).

Assim como na comunhão universal, na comunhão parcial os bens excluídos são disciplinados no art. 1.659³⁰ do código civil vigente, bens estes que são particulares dos nubentes, adquiridos antes de casar.

Por fim, o regime de participação final dos aquestos, que no dizer de Venosa (2007, p.

²⁷ 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.

²⁸ 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.

²⁹ 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.

³⁰ Art. 1.659. Excluem-se da comunhão: I - os bens que cada cônjuge possui 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.

323) “trata-se de um regime híbrido, no qual se aplicam regras da separação de bens quando da convivência e da comunhão de aquestos, quando do desfazimento da sociedade conjugal”.

Neste regime os bens adquiridos pelos cônjuges antes e após o casamento permanecem no patrimônio próprio de cada um, entretanto, se houver a dissolução do casamento os bens serão partilhados em comum, conforme elucidado no art. 1.672³¹ do atual código civil.

Neste sentido, Lôbo (2011, p. 359) diz que:

Aquestos, etimologicamente, significa bens adquiridos; no direito de família, bens adquiridos na constância do matrimônio. Para fins do regime, os aquestos não são apenas os que restarem no momento da dissolução da sociedade conjugal. Sua apuração, de natureza contábil, levará em conta todos os bens adquiridos durante o tempo em que durou o casamento ou os respectivos valores, se tiverem sido alienados. Se houver saldo em favor de um cônjuge, este será credor do outro do respectivo montante. Aquestos são apenas os bens adquiridos pelo casal a título oneroso, excluindo-se os que foram recebidos por liberalidade (doação ou sucessão hereditária) de terceiro. Segundo o modelo da comunhão parcial, não se consideram aquestos os bens adquiridos pelos cônjuges antes do casamento e os subrogados em seu lugar.

Importante ressaltar que se fez necessário esta abordagem sobre os regimes de bens no casamento, visto que a união estável se utiliza dos regimes do casamento, conforme o art. 1.725³² do atual Código Civil, onde está estabelecido o regime da comunhão parcial de bens adquiridos durante a união estável.

O “contrato de regime de bens de união estável” tem a finalidade exclusivamente patrimonial, não podendo dispor sobre direitos pessoais dos companheiros ou destes em relação aos filhos. Este deverá ser realizado por escritura pública, na mesma forma do pacto antenupcial do casamento, conforme o art. 1.653³³ do Código Civil vigente, em razão da importância dos efeitos patrimoniais da união estável.

Muito embora mesmo o direito patrimonial sendo um direito antigo, é necessário trazê-lo para o novo cenário, perante as novas entidades familiares, especialmente a união homoafetiva, como será analisado a seguir.

³¹ 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.

³² Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

³³ Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.

CAPÍTULO III

3 DIREITOS PATRIMONIAIS NA UNIÃO HOMOAFETIVA

As relações homoafetivas sempre se fizeram presente junto à sociedade, contudo são alvo de discriminação e não reconhecimento, apesar do ordenamento jurídico, em especial, a Constituição se posicionar contrariamente a essa realidade, conclamando a sua defesa.

Inclinado para esta realidade o Supremo Tribunal Federal, através da ADPF 132 e ADIN 4277, optou por reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, fazendo com que os efeitos da união estável sejam a ela estendidos.

Para melhor entender essa situação, bem como a posição da doutrina e da jurisprudência, em especial a do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a respeito do assunto é que se trabalha neste capítulo os direitos patrimoniais na união homoafetiva.

3.1 Direitos previstos pela doutrina

As entidades familiares dentro da realidade pátria envolvem uma pluralidade de situações que decorrem diretamente do reconhecimento da Constituição Federal de 1988 que optou por não discriminar determinados relacionamentos. Em virtude disso na atualidade existe a entidade familiar que advém do casamento que continua com posição privilegiada junto à ordem social. Além delas há a informal, a anaparental, a pluriparental, dentre outras, as quais são reconhecidas pela doutrina como entidades familiares.

Existe também a homoafetiva que para Dias (2009, p. 187) decorre das uniões de

pessoas do mesmo sexo, que com o passar dos tempos, mesmo com a presença de discriminação, postulou seu reconhecimento.

Imbuído de sua função social, o Supremo Tribunal Federal se inclinou para o reconhecimento dessa união como uma entidade familiar que, a princípio, passou a ser alcançada pela legislação que orienta a união estável.

Em função dessa realidade passou-se a reconhecer inúmeros direitos às pessoas que mantêm relação homoafetiva. Dentre eles destacam-se o direito à alimentos, partilha de bens, sucessão e herança, direito real de habitação e benefícios previdenciários. Para melhor analisar cada um deles faz-se um estudo individualizado, conforme segue.

3.1.1 Alimentos

Os alimentos são as prestações que as pessoas cedem às outras ou recebem destas como meio de fazer frente as suas necessidades de sobrevivência. Dias (2009, p. 458) destaca que “todos têm o direito de viver, e viver com dignidade. Surge, desse modo, o direito à alimentos como princípio da preservação da dignidade da pessoa humana.”

Assim, os alimentos devem ser entendidos como as prestações que os indivíduos devem pagar a alguém ou receber para que possam garantir a sua sobrevivência. Em determinado momento negava-se o direito a alimentos aos pares homoafetivos, uma vez que alguns entendiam que não havia previsão legal que sustentasse tal possibilidade, haja vista que tratava-se como direito obrigacional.

Contudo, com a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 132 e ADIN 4277 essa realidade passou a ser vista de forma diferente. Na verdade, como se entendeu pela aplicação dos mesmos efeitos da união estável às relações homoafetivas prevalece o entendimento de que é possível o companheiro homossexual ter de suportar o ônus dos alimentos que será dado a aquele que necessitar.

Negar o direito à alimentos no caso de relação homoafetiva é violar o que estabelece a Constituição que determina o afastamento de toda e qualquer situação de tratamento desigual e discriminatório.

Importante aqui destacar como bem acentuam Aguirre e Barros (2010, p. 364) que “são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode

prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-lo, sem desfalque do necessário ao seu sustento.”

Dessa forma, só pode reclamar os alimentos quem de fato os necessita, não servindo o instituto como meio para o atendimento de necessidades não comprovadas de mero deleite individual, uma vez que ele se presta para o atendimento de fato do sustento de quem os pleiteia.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça decidiu no recurso especial n. 1252812/RS em que se manifestou da seguinte forma: “[...] a verba alimentar deve estar restrita às necessidades do apelando. [...] A obrigação alimentar é irrepitível. Mas o processo civil deve ser campo de distribuição de justiça, não terreno de oportunidades. (STJ. Recurso especial. n. 125812/RS. Rel. Min. Nancy Andriahi. DJe 02/03/2012).³⁴

Assim, os alimentos devem ser pleiteados por quem precisa e serem fixados no montante exato das necessidades, não podendo servir de meio para o enriquecimento ilícito da parte, pois isso se afasta do objetivo do instituto.

Nas suas decisões o Superior Tribunal de Justiça também vem apontado que os alimentos “[...] decorrem da solidariedade que deve haver entre os membros da família ou parentes, visando garantir a subsistência do alimentando, observadas sua necessidade e a

³⁴ BRASIL. STJ. PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS EM AÇÃO DE REPARAÇÃO CIVIL. CAUÇÃO INICIALMENTE EXIGIDA. PEDIDO DE MAJORAÇÃO. INDEFERIMENTO. PONDERAÇÃO SOBRE IRREPETIBILIDADE DA VERBA. ANÁLISE DAS DECISÕES PROFERIDAS. NATUREZA DA VERBA ANTECIPADA. QUESTÃO A SER FIXADA NO JULGAMENTO DO MÉRITO. MANUTENÇÃO DA CAUÇÃO. REJEIÇÃO DO PEDIDO DE MAJORAÇÃO. 1. A apuração da necessidade de prestação de caução para garantia de restituição do pagamento, feito em antecipação de tutela recursal, de verba alimentar vinculada a obrigação de natureza civil, coloca em confronto dois princípios: o primeiro, de natureza material, é o da irrepetibilidade dos alimentos. O segundo, de natureza processual, é o da impossibilidade de um provimento cautelar ou antecipatório gerar prejuízos para a parte a quem se reconheça razão, ao final do processo. 2. Sendo corolário de um valor fundamental da sociedade brasileira - a proteção da dignidade da pessoa humana - o princípio da irrepetibilidade dos alimentos deve preponderar. Contudo, diante da seriedade de tal medida e da possibilidade de se causar à parte inocente significativos prejuízos, é necessário ao judiciário, especialmente em causas não vinculadas a direito de família, atenção redobrada ao fixar uma prestação de natureza alimentar em provimento antecipatório. 3. A verba alimentar deve estar restrita às necessidades do apelando. Nas inúmeras decisões proferidas até o momento no processo, há elementos dando conta de que a tutela antecipada aqui discutida adquiriu natureza híbrida, ora garantindo a necessidade de subsistência da autora da ação, ora representando mera antecipação da indenização por dano material cujo pagamento, porventura, poderá ser determinado ao final do processo. Essa natureza híbrida se reforçou quando a tutela antecipada foi mantida não obstante a comprovação do retorno da autora às suas atividades profissionais, e também pelo montante fixado a título de pensão mensal na maior parte do tempo em que esteve vigente a obrigação: R\$ 7.500,00. 4. A obrigação alimentar é irrepitível. Mas o processo civil deve ser campo de distribuição de justiça, não terreno de oportunidades [...]. (STJ.Recurso especial. n. 125812/RS. Rel. Min. Nancy Andriahi. DJe02/03/2012). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=alimentos+e+montante&b=ACOR>. Acesso em: 21.04.2012.

possibilidade do alimentante” e que “desse modo, a obrigação alimentar tem a finalidade de preservar a vida humana, provendo-a dos meios materiais necessários à sua digna manutenção, ressaíndo nítido o evidente interesse público no seu regular adimplemento.” (STJ. Recurso especial n. 997515/RJ. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJe 26/10/2011).³⁵

Como defende então o Superior Tribunal de Justiça os alimentos têm a finalidade de preservar a vida humana, garantindo os meios materiais necessários à sua digna manutenção, o que conduz a conclusão de que de fato o interesse público os permeia o que via oblíqua impede o seu uso para o atendimento de interesses alheios aos apontados.

Sobre os alimentos na relação homoafetiva cabe destacar que para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul eles são devidos sim em função de relação homoafetiva, conforme se vê de seus julgados.

Contudo, para que a parte venha a ter direito a eles é “[...] absolutamente indispensável a impor a obrigação alimentar a prova efetiva acerca da alegada união homoafetiva, a dependência econômica do recorrente e a incapacidade de trabalho de sua parte”, conforme expõe o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul quando enfrenta a questão no agravo de instrumento n. 70024877623.

Assim, para que a parte venha a poder receber os alimentos em razão de relação homoafetiva necessário se faz a prova da relação, da dependência econômica e ainda a

³⁵ BRASIL. STJ. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. RECURSO ESPECIAL. DÉBITO VENCIDO NO CURSO DA AÇÃO DE ALIMENTOS. VERBA QUE MANTÉM O CARÁTER ALIMENTAR. DESCONTO EM FOLHA. POSSIBILIDADE. 1. Os alimentos decorrem da solidariedade que deve haver entre os membros da família ou parentes, visando garantir a subsistência do alimentando, observadas sua necessidade e a possibilidade do alimentante. Desse modo, a obrigação alimentar tem a finalidade de preservar a vida humana, provendo-a dos meios materiais necessários à sua digna manutenção, ressaíndo nítido o evidente interesse público no seu regular adimplemento. 2. Por um lado, a Súmula 309/STJ, ao orientar que "o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo", deixa límpido que os alimentos vencidos no curso da ação de alimentos ostentam também a natureza de crédito alimentar. 3. Por outro lado, os artigos 16 da Lei 5.478/1968 e 734 do Código de Processo Civil prevêm, preferencialmente, o desconto em folha para satisfação do crédito alimentar. Destarte, não havendo ressalva quanto ao tempo em que perdura o débito para a efetivação da medida, não é razoável restringir-se o alcance dos comandos normativos para conferir proteção ao devedor de alimentos. Precedente do STJ. 4. É possível, portanto, o desconto em folha de pagamento do devedor de alimentos, inclusive quanto a débito pretérito, contanto que o seja em montante razoável e que não impeça sua própria subsistência. 5. Recurso especial parcialmente provido. (STJ. Recurso especial n. 997515/RJ. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJe 26/10/2011). Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=alimentos+e+montante&b=ACOR>. Acesso em: 21.04.2012.

incapacidade de trabalho. Na apelação cível n. 70024877623³⁶, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao analisar um caso concreto, expôs:

[...] Ainda que haja demonstração da existência de um relacionamento afetivo entre as partes, os elementos adicionados não se revelam, ao menos por ora, suficientes à caracterização de uma reunião de vidas apta a ensejar a partilha do patrimônio e obrigação alimentar. Não há demonstração eficiente, também, acerca da efetiva dependência econômica do recorrente em relação ao requerido e nem comprovação da impossibilidade daquele de exercer atividade remunerada, o que afasta, por ora, a imposição do pensionamento requerido. (TJRS. Apelação cível n. 70024877623. Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschell. Publicação: Diário da Justiça do dia 11/08/2008).

Com base nos apontamentos feitos constata-se que da relação homoafetiva podem advir o direito à alimentos, o que já é um entendimento preponderante, entretanto, para se ter direitos a eles é preciso a prova efetiva da união homoafetiva, a dependência econômica daquele que solicita a incapacidade de trabalho por sua parte, sem o que não terá como ser beneficiário desse direito, que visa preservar a vida humana, garantindo os meios materiais necessários à sua digna manutenção.

Se após a separação, o companheiro não possuir condições de prover à sua subsistência, poderá reclamar alimentos para si para viver de modo compatível com a sua condição social e na proporção de suas necessidades, conforme prevê o art. 1.694³⁷ do código civil vigente.

No que diz respeito aos filhos comuns, a guarda tem relação à posse dos pais, salientando-se que em caso de separação dos conviventes essa relação é exercida em decorrência de seu poder familiar, que diz respeito ao seu dever de prestar alimentos indispensáveis à sua subsistência, saúde e à sua educação.

36 BRASIL. TJRS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO HOMOAFETIVA. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. ELEMENTOS INSUFICIENTES AO RECONHECIMENTO DA ALEGADA UNIÃO E ACERCA DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DO RECORRENTE. INDISPONIBILIDADE DE BENS QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO ANTE A AUSÊNCIA DE QUALQUER INDÍCIO DE QUE O REQUERIDO ENTEJA QUERENDO SE DESFAZER DOS BENS. RECURSO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70024877623, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 04/08/2008). (TJRS. Agravo de instrumento n. 70024877623. Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel. Data de Julgamento: 04/08/2008. Publicação: Diário da Justiça do dia 11/08/2008). Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=HOMOAFETIVA+E+ALIMENTOS&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 19.04.2012.

³⁷ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

3.1.2 Partilha de bens

A partilha é outro direito que passou a ser reconhecido às pessoas que mantinham ou mantêm relação homoafetiva, em que pese a inexistência de norma a respeito do tema que ainda carece de legislação específica.

Um dos pontos mais fortes para se chegar a essa conclusão é a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que ao julgar a ADPF 132 e ADIN 4277, optou por reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, fazendo com que os efeitos da união estável sejam a ela estendidos, o que implica no reconhecimento do direito a partilha de bens, pois na união estável existe essa possibilidade.

Mas, como lembra Freitas (2002, p. 1):

A falta de dispositivo legal sobre a matéria tem tornado cada vez mais importante a atuação do operador do direito a fim de solucionar, com equidade, tais questionamentos. Dessa forma, é vital o entendimento do "fenômeno social jurídico" em epígrafe. A fria exegese legal não deve ser confundida pelo jurista como aplicação do Direito. Este deve ser, primeiramente, entendido como fato social; produto da atuação dos atores sociais em seu meio.

E foi o que fez o Colendo ao se manifestar pela aplicação da legislação afeta a união estável as uniões homoafetivas que devem assim observar o que a lei estabelece para aquelas quanto à partilha de bens.

Quanto a matéria importante lembrar como bem destaca Dias (2009, p. 170) que no casamento as pessoas tem a liberdade de escolher o regime de bens, desde que isso não colida com o que a lei estabelece a respeito, sendo que na união estável “os conviventes têm a faculdade de firmar contrato de convivência (CC 1.725) estipulando o que quiserem, situação esta que vale agora para a união homoafetiva, tendo em vistas que os mesmo efeitos da união estável vale hoje para a relação citada.

Dias (2009, p. 170) assinala ainda que “quedando-se em silêncio tanto os noivos (CC 1640) como os conviventes (CC 1.725), a escolha é feita pela lei; incide o regime da comunhão parcial de bens (CC 1.658 a 1.666).”

Dessa forma, no silêncio das partes da relação homoafetiva e não havendo eles estipulado contrato de convivência com regras a respeito da questão patrimonial, valerá para a situação dos mesmos, quanto a questão da partilha dos bens, o regime da comunhão parcial de bens, conforme estabelece o artigo 1658 e seguintes do Código Civil de 2002 – Lei 10.406/02.

O artigo 1658 estabelece que no regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento. Contudo, não se pode esquecer que há varias exceções a essa regra, ou seja, excluem-se da comunhão, segundo o artigo 1659, 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, os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares, as obrigações anteriores ao casamento, as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal, os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão, os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge e as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.³⁸

No artigo 1.660 o Código Civil revela que somente entram na comunhão os bens adquiridos na constância do casamento por Título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges, os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior, os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges, as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge e os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

Já no artigo 1.661 e 1.662 o Código Civil aduz que são incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por Título uma causa anterior ao casamento e que no regime da comunhão parcial, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior.

Agora importante regra a respeito do regime analisado é a que determina que a administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges, sendo que as dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido. (AGUIRRE & BARROS, 2010, p. 348 – 349).

Assim, de uma maneira geral essas seriam as regras a respeito da partilha de bens que valem atualmente para as relações homoafetivas depois que ocorreu a decisão do Supremo

³⁸ 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.

Tribunal Federal quanto ao reconhecimento de tal relação como detentora dos mesmos direitos e garantias estabelecidos aos que se inserem em união estável.

Extrai-se o que comentou Santos (2011, p. 1) advertindo que:

No casamento existe três regimes o de comunhão parcial de bens, o da comunhão universal de bens e o de separação de bens, na união estável o regime de bens entre os companheiros é o da comunhão parcial de bens, sendo que os bens adquiridos por um ou ambos na constância da união estável e a título oneroso, salvo estipulação em contrário passam a pertencer a ambos, em condomínio. Os parceiros em união homoafetiva, assim como aqueles de união estável, declaram-se em regime de comunhão parcial de bens, prevalecendo de que os bens constituídos ou adquiridos durante a vida em comum, são de ambos

Assim, conforme observado, no silêncio das partes da relação homoafetiva e não havendo eles estipulado contrato de convivência com regras a respeito da questão patrimonial, valerá para a situação dos mesmos, quanto a questão da partilha dos bens, o regime da comunhão parcial de bens, conforme estabelece o artigo 1658 e seguintes e artigo 1.725³⁹, todos do Código Civil de 2002 – Lei 10.406/02, respeitadas algumas as exceções que a lei estipula.

Em relação a esse tema o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem se manifestado do mesmo modo, ou seja, no sentido de que a partilha de bens deve ser realizada quando comprovada a relação homoafetiva e houver provas da comunhão de esforços para a aquisição dos bens a serem partilhados.

Na apelação cível n. 70040469082⁴⁰ isso ocorreu, pois nela o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assinalou que é possível a partilha dos bens adquiridos de forma onerosa durante a convivência das partes. Da mesma forma o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul se manifestou ao julgar os embargos infringentes n. 70039338587, em apontou que:

³⁹ Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

⁴⁰ BRASIL. TJRS. AÇÃO DECLARATÓRIA. UNIÃO HOMOAFETIVA. INEXISTÊNCIA. RELACIONAMENTO AFETIVO SEM CONTORNOS DE UNIÃO ESTÁVEL. O reconhecimento do relacionamento como união homoafetiva a ensejar partilha de bens comuns exige comprovação de convivência duradoura, pública e contínua. Não comprovados tais requisitos, não há como reconhecer a pretendida união homoafetiva com o propósito de estender-lhe os efeitos próprios de uma união estável. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70037158029, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 22/06/2011). (TJRS. Apelação cível n. 0040469082. Rel. Des. Jorge Luís Dall'Agnol. Publicação: Diário da Justiça do dia 29/06/2011). Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=HOMOAFETIVA+E+partilha+de+bens&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 15.04.2012.

[...] Uma vez presentes os pressupostos constitutivos da união estável (art. 1.723 do CC), é de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. 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. (Embargos Infringentes n. 70039338587, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, TJRS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/11/2010).

Nos embargos infringentes o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul anotou ainda que “[...] na aplicação dos princípios gerais do direito a uniões homossexuais se vê protegida, pelo primado da dignidade da pessoa humana e do direito de cada um exercer com plenitude aquilo que é próprio de sua condição. Somente dessa forma se cumprirá à risca, o comando constitucional da não discriminação por sexo.” (Embargos Infringentes n. 70039338587, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, TJRS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/11/2010).⁴¹

Ao encerrar a discussão sobre a possibilidade de partilha e bens em função de relação homoafetiva verifica-se que tanto a doutrina como a jurisprudência entende que ela cabe, uma vez que os mesmos efeitos da união estável devem ser aplicados à relação homoafetiva, contudo, para isso é preciso a prova da relação e do auxílio mútuo para a obtenção dos bens a

⁴¹ BRASIL. TJRS. EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. A união homossexual no caso concreto. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos da união estável (art. 1.723 do CC), é de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. 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 colmatação 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, 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. Na aplicação dos princípios gerais do direito a uniões homossexuais se vê protegida, pelo primado da dignidade da pessoa humana e do direito de cada um exercer com plenitude aquilo que é próprio de sua condição. Somente dessa forma se cumprirá à risca, o comando constitucional da não discriminação por sexo. A análise dos costumes não pode discrepar do projeto de uma sociedade que se pretende democrática, pluralista e que repudia a intolerância e o preconceito. Pouco importa se a relação é hetero ou homossexual. Importa que a troca ou o compartilhamento de afeto, de sentimento, de carinho e de ternura entre duas pessoas humanas são valores sociais positivos e merecem proteção jurídica. Reconhecimento de que a união de pessoas do mesmo sexo gera as mesmas consequências previstas na união estável. Negar esse direito às pessoas por causa da condição e orientação homossexual é limitar em dignidade as pessoas que são. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (Embargos Infringentes Nº 70039338587, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/11/2010). (Embargos Infringentes n. 70039338587, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, TJRS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/11/2010). Disponível em: <

título oneroso.

A partir da vigência do art. 1.725 do atual código civil foi abolida a presunção relativa originada pela Lei 9278/96, que criou uma presunção de que os bens adquiridos na vigência da união estável eram oriundos do esforço comum dos companheiros, bastando apenas que durante a união estável homoafetiva os bens sejam adquiridos à título oneroso.

3.1.3 Sucessão e herança

Antes de fazer os apontamentos sobre o direito à sucessão e à herança cabe destacar que como bem lembra Chaves (2011, p. 1) que todos os Ministros votantes no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, num total de 10, “manifestaram-se pela procedência das respectivas ações constitucionais, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar e aplicando à mesma o regime concernente à união estável entre homem e mulher, regulada no art. 1.723 do Código Civil brasileiro.”

Chaves (2011, p. 1) destaca ainda que, a princípio, “nunca se tenha visto a Suprema Corte brasileira com um posicionamento tão homogêneo e consensual, ao menos no que diz respeito ao resultado, ao considerar que a união homoafetiva é, sim, um modelo familiar e a necessidade de repressão a todo e qualquer tipo de discriminação.”

Em virtude disso não parece como adequado se afastar o direito a sucesso e a herança das pessoas envolvidas em relação homoafetiva. Essa é a realidade que ganha cada vez mais espaço na doutrina, numa clara situação de respeito ao que o Supremo Tribunal Federal decidiu por reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar.

Santos (2011, p. 1 – 2) especificamente sobre o tema escreve que “na união estável e por analogia, na união homoafetiva, o companheiro só receberá 1/3 da herança e os colaterais dividirão os 2/3 restantes. E conforme o art. 1790. III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança.”

Importante apontar aqui que de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, ocorrendo o reconhecimento de união estável e desde que inexistam ascendentes ou descendentes do falecido, em sucessão aberta antes do Código Civil de 2002, deve-se aplicar o disposto no artigo 2º, inciso III, da Lei n. 8.971/94, circunstância que garante ao companheiro a totalidade da herança e afasta a participação de colaterais do de *cujus* no inventário. (STJ. REsp.

704.647/RJ. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJe 22/03/2011).⁴²

Assim, resta a conclusão de que na união homoafetiva, o companheiro só receberá 1/3 da herança e os colaterais dividirão os restantes 2/3 restantes, sendo que se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança, conforme fixa o artigo 1.790, III, do atual Código Civil, lembrando que nas sucessões abertas antes da vigência do atual Código Civil, deve-se aplicar o disposto no artigo 2º, inciso III, da Lei n. 8.971/94, circunstância que garante ao companheiro a conjunto da herança e afasta a participação de colaterais do de *cujus* no inventário.

Com o artigo 1790⁴³ do Código Civil, ficou estabelecido que a sucessão limita-se somente aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, ressalvada a meação. Neste sentido, Dias (2011, p. 86) ressalta que “cabe conceder ao parceiro homossexual todos os direitos sucessórios assegurados ao companheiro da união estável, figurando assim em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária”.

Além da meação sobre os aquestos, o parceiro tem direito à concorrência sucessória com os ascendentes ou descendentes do falecido, assim como que se não houver herdeiros antecedentes, tem direito à herança como herdeiro exclusivo.

3.1.4 Direito real de habitação

A doutrina ensina quanto ao direito real de habitação que a Lei 9278/96 assegura o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, situação

⁴² BRASIL. STJ. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO SUPERVENIENTE. INCIDÊNCIA DO ART. 462 DO CPC. POSSIBILIDADE. ART. 2º, INCISO III, DA LEI N.º 8.971/94. AUSÊNCIA DE ASCENDENTES E DESCENDENTES DO DE CUJUS. COMPANHEIRO. TOTALIDADE DA HERANÇA. 1. O art. 462 do CPC permite, tanto ao Juízo singular como ao Tribunal, a análise de circunstâncias outras que, devido a sua implementação tardia, não eram passíveis de resenha inicial. 2. Tal diretriz deve ser observada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, porquanto o art. 462 não possui aplicação restrita às instâncias ordinárias, conforme precedentes da Casa. 3. Havendo reconhecimento de união estável e inexistência de ascendentes ou descendentes do falecido, à sucessão aberta em 28.02.2000, antes do Código Civil de 2002, aplica-se o disposto no art. 2º, inciso III, da Lei n.º 8.971/94, circunstância que garante ao companheiro a totalidade da herança e afasta a participação de colaterais do *de cujus* no inventário. 4. Recurso especial conhecido e provido. (STJ. REsp. 704.647/RJ. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJe 22/03/2011). Disponível em: <http://WWW.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visu_alizacao=null &livre=união+estável+e+sucessão&b=ACOR>. Acesso em: 24.04.2012.

⁴³ 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.

esta que vale para a relação homoafetiva tendo em vista essa Lei cuidar da União Estável e diante da decisão do Supremo Tribunal Federal ela também alcança as relações homoafetivas.

Dias (2009, p. 173) sobre o tema anota que “a Lei 9.278/96 assegura o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Como o Código Civil n ao revogou expressamente esses diplomas legais, é mister reconhecer que não estão derogadas as prerrogativas previstas na legislação pretérita.”

A autora anota ainda que “Assim, omissa a lei, persiste o direito real de habitação na união estável por força de dispositivo legal não revogado (L. 9278/96, art. 7º, parágrafo único).”

Sobre o tema o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul se manifestou nos embargos infringentes n. 70039338587, em que assinalou ao julgar caso concreto que “[...] o que se refere ao pleito do autor de permanecer residindo no imóvel da Rua Gastão Rhodes, 288/402, desta capital, tem-se que a união estável equipara-se ao casamento e, ao admitir a validade e eficácia da união homoafetiva, impõe-se que os efeitos do matrimônio a esta entidade familiar também sejam estendidos.” (Embargos Infringentes n. 70039338587, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, TJRS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/11/2010).

Nele fez constar também que “Diante de tal sistemática, apresenta-se plenamente viável, por extensão, a incidência do art. 1.831, do Código Civil às uniões homoafetivas, conferindo, assim, ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação, no imóvel que servia de lar conjugal. (Embargos Infringentes n. 70039338587, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, TJRS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/11/2010).

Além disso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul anotou que “[...] Dos elementos dos autos, ficou comprovado que o imóvel da Rua Gastão Rhodes, 288/402, servia de lar aos companheiros, à época do óbito de Paulo” e que deste modo “[...] considerando que restou reconhecida a união estável homoafetiva entre as partes, tenho que se mostra cabível, no presente caso, a concessão do direito real de habitação ao demandante.” (Embargos Infringentes n. 70039338587, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, TJRS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/11/2010).

Dessa forma, persiste o direito real de habitação as pessoas que se envolveram em relação homoafetiva, em função de decisão já comentada do Supremo Tribunal Federal.

3.1.5 Benefícios previdenciários

Em relação aos benefícios previdenciários na união homoafetiva a doutrina lembra que o Superior Tribunal de Justiça, na atualidade, admite a situação da pessoa envolvida em relação homoafetiva ser contemplado com benefício da Previdência Social. Santos (2010) nesse sentido expõe:

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem firmando jurisprudência no sentido do reconhecimento da união estável homoafetiva para fins previdenciários, alterando-se os argumentos entre as diversas posições acima enunciadas. Esta mesma Corte Judiciária reconhece a união homoafetiva para fins de inclusão de companheiro (a) em plano de saúde.

Santos (2010) anota ainda que “a circunstância de o constituinte prever expressamente a união entre homem e mulher e a família monoparental como hipóteses de entidades familiares não significa, per si, a exclusão de outras unidades familiares”, motivo pelo que ele defende que os benefícios da previdência não podem ser suprimidos como direitos das pessoas que se envolvem naquele tipo de relação tão comum nos dias atuais.

Ao concluir sua ideia, Santos (2010) coloca também que “a liberdade de orientação sexual não pode obstar o reconhecimento da igualdade entre células familiares que têm valores distintos, mas que têm a mesma essência social e jurídica. Entendimento em sentido contrário constitui violação da própria ordem constitucional.”

Assim, em razão de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça, os direitos previdenciários podem ser percebidos por aqueles que se envolveram em relação homoafetiva.

Uma decisão nesse sentido foi tomada junto ao recurso especial n. 932653/RS, em que o Superior Tribunal de Justiça se manifestou no sentido de que “a regulamentação das famílias homoafetivas é medida que se impõe no atual cenário social, não podendo o Poder Judiciário, nesse momento, furtar-se a oferecer as proteções legais que tais relações demandam, porquanto são geradoras de importantes efeitos afetivos e patrimoniais na vida de muitos cidadãos.” (STJ. Resp. n. 932653/RS. Rel. Min. Celso Limongi. DJe 03/11/2011).

Nesse mesmo recurso o Superior Tribunal de Justiça apontou que:

No presente caso, ficou devidamente comprovada a união estável entre o autor, ora recorrido, e seu falecido companheiro, servidor público, regido pela Lei 8.112/90, motivo pelo qual, agiram bem as instâncias ordinárias ao conceder a pretendida pensão por morte, nos termos do art. 217, I, "c" do referido Estatuto. - Além do mais, o próprio INSS, gestor do Regime Geral de Previdência Social, há mais de dez anos, vêm reconhecendo os parceiros homossexuais como beneficiários da Previdência, pelo que não há como negar o mesmo direito aos companheiros homossexuais de servidor público, equiparando-os à tradicional União Estável formada por homem e mulher.

Assim, como destaca o Tribunal desde que comprovada a união estável homoafetiva entre as partes é possível se conceder benefício da Previdência Social, até porque o próprio INSS há bom tempo (dez anos mais ou menos), já reconhece os parceiros homossexuais como beneficiários da Previdência. No julgado o Superior Tribunal de Justiça lembrou ainda que:

[...] recente norma editada pela Receita Federal (agosto de 2010) garantiu o direito de Contribuintes do Imposto de Renda de Pessoa Física incluírem parceiros homossexuais como seus dependentes na Declaração, o que revela não haver mais espaço para renegar os direitos provenientes das relações homoafetivas, e que só contribuirá para tornar a nossa Sociedade mais justa, humana e democrática, ideal tão presente na Constituição Federal. (STJ. Resp. n. 932653/RS. Rel. Min. Celso Limongi. DJe 03/11/2011).

Em virtude desses apontamentos, constata-se que em relação aos benefícios previdenciários na relação homoafetiva a doutrina bem como a jurisprudência firmaram posição no sentido de os benefícios da Previdência Social alcançam as partes das relações homoafetivas, desde que atendidos alguns requisitos nos moldes aqui estudados, o que ao final, como adverte o Superior Tribunal de Justiça, permite buscar uma sociedade mais justa, humana e democrática, ideal determinado pela Constituição Federal.

Importante aqui destacar que o Superior Tribunal de Justiça também tem entendido que essa mesma regra vale para os planos de previdência privada. Isso o Superior Tribunal de Justiça decidiu ao julgar o recurso especial n. 1026981 / RJ.⁴⁴

⁴⁴ BRASIL. STJ. Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão post mortem. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa. Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários.[...]. Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável. [...].direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualmente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor. Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas. (STJ. REsp. 1026981 / RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. 04/02/2010). Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=homoafetiva+e+previdenciario&b=ACOR>. Acesso em: 15.04.2012.

Ao decidir esse o caso o Superior Tribunal de Justiça anotou que:

[...] O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos. - Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas. (STJ. REsp. 1026981 / RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. 04/02/2010).

Depois disso, no julgado o Superior Tribunal de Justiça apontou que “[... comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável.” (STJ. REsp. 1026981 / RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. Data de julgamento: 04/02/2010).

Junto a tais questões ele anotou que “Se por força do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares.” (STJ. REsp. 1026981 / RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. Data de julgamento: 04/02/2010).

O Superior Tribunal de Justiça advertiu ainda no recurso especial que “[...] a proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de seguridade social” de modo que “os normativos internos dos planos de benefícios das entidades de previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes”. (STJ. REsp. 1026981 / RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. Data de julgamento: 04/02/2010).

Por fim, o Tribunal destacou que:

O direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualmente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor. Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas. (STJ. REsp. 1026981 / RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. Data de julgamento: 04/02/2010).

Além disso, a Instrução Normativa INSS/DC N° 25, de 07 de Junho de 2000, estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual, estabelecendo, em seu art. 1º, que deve-se disciplinar procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte e auxílio-reclusão a serem pagos ao companheiro ou companheira homossexual, assim como está previsto em seu art. 2º que a pensão por morte e o auxílio-reclusão reger-se-ão pelas rotinas disciplinadas no Capítulo XII da IN INSS/DC n° 20, de 18.05.2000.

Ao finalizar o tema se pode dizer que com base nos apontamentos realizados, constata-se que em relação aos benefícios previdenciários na relação homoafetiva a doutrina bem como a jurisprudência firmaram posição no sentido de eles alcançam as partes das relações homoafetivas, desde que atendidos alguns requisitos, o que ao final, como adverte o Superior Tribunal de Justiça, permite buscar uma sociedade mais justa, humana e democrática, ideal determinado pela Constituição Federal, lembrando que para o tribunal agora citado as mesmas regras valem para previdência privada.

3.2 Análise jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Ao se aproximar da beira, mas sem esquecer-se de continuar remando, deve-se lembrar que a posição do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre alguns pontos da relação homoafetiva já foram apresentados, mas isso não impede a análise de outras a respeito do assunto, pois que elas muito bem mostram como tal tribunal cuida da matéria.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul é um Tribunal que tem posição avançada, de forma que em muitas matérias ele sempre se mostra disposto a prosseguir em direção a realidade social. No caso do reconhecimento da relação homoafetiva foi assim. Quanto a relação homoafetiva cabe destacar que ele tem de forma reiterada decidido que “[...]”

são competentes as varas de família, e também as câmaras especializadas em direito de família, para o exame das questões jurídicas decorrentes da convivência homossexual [...].” (Apelação Cível n. 70002355204, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 11/04/2001).

Especificamente sobre os direitos patrimoniais nas relações homoafetivas o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vem decidindo que eles existem e que dependendo da realidade fática deve-se proceder a partilha dos bens adquiridos a título oneroso. (Apelação Cível n. 70040469082, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 26/05/2011). Mas, para que se possa fazer a partilha dos bens é preciso que a parte interessada apresente provas concretas que contribuiu com seu esforço para a aquisição dos bens que pretende partilhar.

Um exemplo em que isso restou decidido foi na apelação civil n. 70031663818 em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul apontou que “[...] o esforço comum e comunhão de vida entre pessoas do mesmo sexo estabelece efeitos jurídicos outros, mais amplos, inclusive e principalmente, de natureza patrimonial.” (TJRS. Apelação Cível n. 70031663818. Rel. Des. José Conrado de Souza Junior. Publicação: Diário da Justiça do dia 28/05/2010).

Nesse mesmo julgado o TJRS asseverou que “[...] com efeito, para o reconhecimento da Parceria Civil, que tem inspiração nos princípios da igualdade e da não discriminação por preconceito, necessário seria a prova da comunhão de vida e do esforço comum, isto é, a prova de uma união marcada pela estabilidade, publicidade, sem interrupção.” (TJRS. Apelação Cível n. 70031663818. Rel. Des. José Conrado de Souza Junior. Publicação: Diário da Justiça do dia 28/05/2010).

Assim, para o TJRS a partilha deve ser feita quando se discuta relação homoafetiva, embora seja necessária a prova da contribuição, do esforço para a aquisição dos bens a serem partilhados.

Ainda sobre o assunto não se poderia deixar que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, vem tomando decisões no mesmo sentido do outro Tribunal analisado. Isso restou comprovado quando se analisou decisão tomada junto ao agravo de instrumento n. 2010065947-1 em que ele anotou que “reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar, centrada que é no afeto, a ela é possível atribuir, por analogia, e dependendo da prova, os reflexos jurídicos compatíveis da união estável heterossexual, cenário que faz

chamar a competência da vara especializada de família.” (TJSC. Agravo de instrumento n. 2010065947-1. Rel. Des. Sonia Maria Schmitz. Data: 06/02/2012).

Dessa maneira, para o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, é possível, através da analogia, e dependendo das provas, atribuir os reflexos jurídicos compatíveis da união estável heterossexual para a relação homoafetiva, pelo que se chega a conclusão de que todas as garantias e direitos naquela previstos valem também para este último de relação que não pode ficar à beira de marginalização.

No agravo de instrumento n. n. 2010065947-1⁴⁵ o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina apontou ainda que “[...] o relacionamento regular homoafetivo, embora não configurando união estável, é análogo a esse instituto. Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável.” (TJSC. Agravo de instrumento n. 2010065947-1. Rel. Des. Sonia Maria Schmitz. Data: 06/02/2012).

Por fim, ao encerrar o trabalho cabe anotar que nele foi visto que a família contemporânea tem a sua composição basicamente situada na afetividade, sendo que o sentimento, e com ele a noção de afeto ganharam dimensões significativas, o que em momento anterior era dificilmente valorizado, situação esta que permitiu se reconhecer à relação homoafetiva como entidade familiar, reconhecimento que ganhou mais conotação

⁴⁵ BRASIL. TJSC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. COMPETÊNCIA. 1. [...] 2. "O direito não regula sentimentos, mas as uniões que associam afeto a interesses comuns, que, ao terem relevância jurídica, merecem proteção legal, independentemente da orientação sexual do par" (DIAS, Maria Berenice. União homossexual: o preconceito e a justiça. 2. ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2001, p. 68). 3. "Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes as que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevado sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade." (TJRS, Apelação Cível Nº 70001388982, Sétima Câmara Cível, rel. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, j. em 14.03.2001). 4. "O relacionamento regular homoafetivo, embora não configurando união estável, é análogo a esse instituto. Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável." (STJ, Resp 238.715, Terceira Turma; Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. em 07.03.2006). 5. Reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar, centrada que é no afeto, a ela é possível atribuir, por analogia, e dependendo da prova, os reflexos jurídicos compatíveis da união estável heterossexual, cenário que faz chamar a competência da vara especializada de família. (CC n. 2008.030289-8, de Lages, rel. Des. Henry Petry Junior). TJSC. Agravo de instrumento n. 2010065947-1. Rel. Des. Sonia Maria Schmitz. Data: 06/02/2012). Disponível em: < <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=relação+homoafetiva&id=AAAbmQAABAAAUdoAAC&categoria=acórdão>>. Acesso em: 22.04.2012.

com a decisão do Supremo Tribunal Federal que ao julgar em conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), n. 4277, proposta pela Procuradoria Geral da República, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132 decidiu que os efeitos da união estável sejam a ela estendidos.

Em virtude dessa realidade hoje não há mais dúvida de que todos os efeitos da união estável devem ser estendidos à união homoafetiva, algo que já vinha e sendo defendido pela doutrina e pela jurisprudência de alguns tribunais, como o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, entre outros.

Já especificamente sobre os direitos patrimoniais que decorrem de relação homoafetiva se pode dizer que tanto a doutrina como a jurisprudência, vem entendendo que deve ser reconhecida a parte que havia mantido relação homoafetiva com alguém o direito à alimentos, à partilha de bens, os direitos previdenciários, inclusive, os de ordem privada, direito real de habitação e à sucessão.

Ainda cabe destacar que de uma forma geral o reconhecimento de todos esses direitos para as partes envolvidas em relação homoafetiva serve para se preservar o respeito a igualdade, a dignidade da pessoa humana que não pode ser alvo de discriminação por opção de sexo, até porque segundo o texto constitucional (artigo 5º, *caput*), todos são iguais em direitos e obrigações e assim, não se pode admitir que por uma ou outra questão, afaste-se de determinadas pessoas direitos e garantias que a Constituição consagra com vistas ao assentamento de uma realidade mais justa e distante de discriminações.

CONCLUSÃO

A pesquisa pretendeu analisar os reflexos patrimoniais que resultam da união homoafetiva, pelos que se analisou a posição da doutrina e da jurisprudência a respeito do assunto, como meio de se alcançar um proveitoso entendimento. Conforme visto nas abordagens realizadas as relações homoafetivas sempre se fizeram presente junto à sociedade, contudo, normalmente foram e ainda são alvo de intensa discriminação e não reconhecimento, apesar do ordenamento jurídico, em especial, a Constituição se posicionar contrariamente a essa realidade, determinando a sua defesa.

Em virtude dessa realidade recentemente o Supremo Tribunal Federal, através da ADPF 132 e ADIN 4277, optou por reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, determinando que os efeitos da união estável sejam a ela estendidos. Essa posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal não é nova, pois alguns tribunais estaduais já entendiam que a relação homoafetiva também deveria receber a mesma atenção que as outras entidades familiares.

Da mesma forma, a doutrina se posicionava, uma vez que eram muitos os doutrinadores que defendiam que as relações homoafetivas também mereciam um amparo maior por parte do Estado, que deve fomentar ações para a busca da dignidade das pessoas, sem discriminações quaisquer.

Em virtude de toda essa realidade, nos dias atuais, reconhece-se as relações homoafetivas como entidades familiares para as quais, então, deve se estender todos os direitos e garantias reconhecidas as pessoas que se envolvem em união estáveis.

Assim, o direito à alimentos, partilha de bens, direitos previdenciários como a pensão por morte e o auxílio reclusão, e outros tantos, na atualidade alcançam as pessoas que se envolvem em união homoafetiva.

Na verdade, esse entendimento nada mais é que uma forma de se privilegiar o que determina a Constituição Federal de 1988 que estabelece sem eu texto que se deve sempre buscar a efetividade da dignidade da pessoa humana, através da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a consequente erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por fim, parece necessário, para algumas questões ainda pendentes sobre o assunto, uma decisão que trate especificamente sobre o assunto, de forma a eliminar celeumas e afirmar o respeito às uniões homoafetivas.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **União entre pessoas do mesmo sexo**. Disponível em: <<http://www.jardsoncruz.adv.br/UserFiles/File/20070307021757.pdf>>. Acesso em: 20 de Fevereiro de 2012.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) 4277-7**. Origem: DISTRITO FEDERAL Entrada no STF: 22/07/2009. Relator: MINISTRO AYRES BRITTO Distribuído: 03/08/2009. Partes: Requerente: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA (CF 103, 0VI). Requerido: PRESIDENTE DA REPÚBLICA CONGRESSO NACIONAL. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277>>. Acesso em: 01 Dez. 2011.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

CHAVES, Marianna. **União homoafetiva: breves notas após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2896, 6 jun. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19274>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **União homossexual: o preconceito & a justiça.** 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DUARTE, Nathália; LAURIANO, Carolina. **Censo 2010 contabiliza mais de 60 mil casais homossexuais.** G1, São Paulo, 29 de Abril de 2011. Disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/04/censo-2010-contabiliza-mais-de-60-mil-casais-homossexuais.html>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado.** 15 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FREITAS, Tiago Batista. **União homoafetiva e regime de bens.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3441>>. Acesso em: 11 abr. 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume I: parte geral.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Haidar, Rodrigo. **Supremo reconhece união estável homoafetiva.** Revista Consultor Jurídico, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2011-mai-05/supremo-tribunal-federal-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

JUNIOR, Enézio de Deus Silva. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** Curitiba: Juruá, 2005.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito civil: parte geral.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental.** 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

MOSCHETTA, Sílvia Ozelame Rigo. **Homoparentalidade: direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos.** Curitiba: Juruá, 2009.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo, Saraiva, 2005.

RIOS, ROGER RAUPP. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001.

SANTOS, Débora. **Supremo reconhece união estável de homossexuais**. G1, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em < <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/supremo-reconhece-uniao-estavel-de-homossexuais.html>>. Acesso em: 18 nov. 2011.

SANTOS, Izete Barbosa dos Santos. **Principais diferenças entre o casamento, a união estável e a relação homoafetiva**. Jurisway [online]. 27.06.2011. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6147>. Acesso em: 21.04.2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2005.

SPENCER, Colin. **Homossexualidade: uma história**. Tradução de Rubem Mauro Machado. Rio de Janeiro: Record, 1996.

SPENGLER, Fabiana Marion. **União homoafetiva: o fim do preconceito**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito Civil: direitos reais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Novo Código Civil: texto comparado: código civil de 2002, código civil de 1916**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SITES CONSULTADOS

WIKIPEDIA. Disponível em < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Sodomia>>. Acesso em: 09 mai. 2012.

WIKIPEDIA. Disponível em < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Pederastia>>. Acesso em: 09 mai. 2012.

APÉNDICES

APÊNDICE A

Atestado de Autenticidade da Monografia

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA

Eu, **Marina Backes Both**, estudante do Curso de Direito, código de matrícula n. **200715655**, declaro ter pleno conhecimento do Regulamento da Monografia, bem como das regras referentes ao seu desenvolvimento.

Atesto que a presente Monografia é de minha autoria, ciente de que poderei sofrer sanções na esferas administrativa, civil e penal, caso seja comprovado cópia e/ou aquisição de trabalhos de terceiros, além do prejuízo de medidas de caráter educacional, como a reprovação no componente curricular Monografia II, o que impedirá a obtenção do Diploma de Conclusão do Curso de Graduação.

Chapecó (SC), 15 de Maio de 2012.

Marina Backes Both

APÊNDICE B

Termo de Solicitação de Banca

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA

Encaminho a Coordenação do Núcleo de Monografia o trabalho monográfico de conclusão de curso do(a) estudante **Marina Backes Both**, cujo título é **Direitos Patrimoniais na União Homoafetiva**, realizado sob minha orientação.

Em relação ao trabalho, considero-o apto a ser submetido à Banca Examinadora, vez que preenche os requisitos metodológicos e científicos exigidos em trabalhos da espécie.

Para tanto, solicito as providências cabíveis para a realização da defesa regulamentar. Indica-se como membro convidado da banca examinadora: **Daniela de Ávila Zawadzki**, telefone para contato (49) 99825439.

Chapecó (SC), 15 de Maio de 2012.

Sílvia Ozelame Rigo Moschetta