



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

PAULA REMOR DE OLIVEIRA MACHADO

**UNIÃO HOMOAFETIVA:
A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS REGRAS SUCESSÓRIAS AO
COMPANHEIRO SOBREVIVENTE**

Palhoça

2009

PAULA REMOR DE OLIVEIRA MACHADO

**UNIÃO HOMOAFETIVA:
A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS REGRAS SUCESSÓRIAS AO
COMPANHEIRO SOBREVIVENTE**

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel.

Orientadora: Profa. Patrícia Fontanella, Msc.

Palhoça
2009

PAULA REMOR DE OLIVEIRA MACHADO

**UNIÃO HOMOAFETIVA:
A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS REGRAS SUCESSÓRIAS AO
COMPANHEIRO SOBREVIVENTE**

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado (a) em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, 25 de junho de 2009.

Prof. e orientador: Patrícia Fontanella, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Flávio Nodari
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Sâmia Fortunato
Universidade do Sul de Santa Catarina



TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

UNIÃO HOMOAFETIVA: A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS REGRAS SUCESSÓRIAS AO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e a Orientadora de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativamente, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, 25 de junho de 2009.

PAULA REMOR DE OLIVEIRA MACHADO

A minha mãe por estar sempre ao meu lado e ao meu amor por me ajudar nessa caminhada.

O mal verdadeiro,
o único mal,
são as convenções
e as ficções sociais, que se sobrepõem
às realidades naturais.(FERNANDO PESSOA)

RESUMO

Este trabalho analisa as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo, o seu reconhecimento como uma entidade familiar e a possível aplicação do direito sucessório dos companheiros a essas uniões. Primeiramente, estuda o contexto de família no Brasil, os princípios constitucionais e específicos norteadores do direito de família, bem como o estudo da união estável e das uniões homoafetivas. Após, passa para um estudo do direito sucessório com intuito de verificar as regras do direito sucessório do companheiro, com a finalidade de aplicá-las às uniões formadas por duas pessoas do mesmo sexo. Por fim, estuda a possível aplicação das regras do direito sucessório às relações homoafetivas e verifica as decisões do Poder Judiciário no que se refere às uniões homossexuais. Conclui-se que, enquanto não existirem normas específicas regulamentando as uniões formadas entre duas pessoas do mesmo sexo, aos operadores do Direito cabe aplicar as regras da união estável analogicamente, a fim de considerar direitos e obrigações dessas uniões sob a tutela do Direito de Família.

Palavras-chave: Homossexuais. União Homoafetiva. Direito Sucessório.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 O CONTEXTO DA FAMÍLIA NO BRASIL.....	10
2.1 A CF/88 E A FAMÍLIA ATUAL: A VISÃO DA FAMÍLIA NO BRASIL.....	10
2.2 A UNIÃO ESTÁVEL E AS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS.....	19
3 O DIREITO SUCESSÓRIO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	27
3.1 ESPÉCIES DE SUCESSÃO HEREDITÁRIA: LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA.....	27
3.2 A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO.....	31
3.3 A LEGITIMIDADE DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO E O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO.....	37
4 A APLICAÇÃO DAS REGRAS DO DIREITO SUCESSÓRIO ÀS UNIÕES COMPOSTAS POR PESSOAS DO MESMO SEXO.....	45
4.1 UNIÃO HOMOAFETIVA: OUTRA ESPÉCIE DE FAMÍLIA?.....	45
4.2 HÁ POSSIBILIDADE DE SE APLICAR AS REGRAS DE DIREITO SUCESSÓRIO DOS COMPANHEIROS PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS?.....	48
4.3 TÓPICOS EM JURISPRUDÊNCIA.....	52
5 CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a possível aplicação das regras do direito sucessório nas uniões formadas por duas pessoas do mesmo sexo.

Como objetivos: institucional, produzir Monografia Jurídica de Conclusão de Curso de Graduação em Direito para obtenção do título de bacharel em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL); geral, analisar, com base no ordenamento jurídico pátrio e nos entendimentos da doutrina e jurisprudência nacional, as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo e a possível aplicação das regras do direito sucessório a essas uniões; por fim, específicos, discutir no transcorrer do trabalho questões como os aspectos da família no sistema jurídico brasileiro, quais os princípios constitucionais e específicos que norteiam o objeto em estudo, se há a possibilidade do reconhecimento das uniões homossexuais, e assim a aplicação das regras de direito sucessório.

O motivo da escolha do tema em estudo tem conotação pessoal, além de fatores como atualidade, relevância e pertinência. O tema foi escolhido pelo interesse da autora em função de ter afinidade com a matéria em debate, já que pretende exercer a futura profissão na área de Direito de Família.

A atualidade do tema refere-se ao crescimento da procura das garantias e da devida tutela das uniões homossexuais no Poder Judiciário, e a relevância do tema à mudança do conceito de família no Brasil, principalmente na última década.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226 listou somente alguns tipos de família, não contemplando as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo. Nesse sentido, o trabalho focou na inexistência de regras efetivas do Direito Sucessório entre pessoas do mesmo sexo que vivem juntas e na possibilidade de aplicação das regras do Direito Sucessório previsto no Código Civil de 2002 em caso de morte de um dos companheiros.

A pesquisa baseou-se no método de abordagem dedutivo, sendo o mais recomendado para o tema escolhido, considerando que partiu de teorias e leis gerais visando às ocorrências de casos particulares. Quanto aos procedimentos técnicos, foi adotada a pesquisa bibliográfica, em face da leitura existente,

constituída a partir de referências teóricas publicadas em livros, artigos, revistas bem como jurisprudências, de forma a analisar e expor o tema.

Para enfrentar a tarefa, estruturou-se o trabalho em cinco capítulos. Primeiramente a presente Introdução, fazendo-se necessária para contextualizar o tema, o objetivo e o método da pesquisa.

O primeiro capítulo do desenvolvimento do trabalho trata do contexto das famílias no Brasil, visa estudar as relações afetivas, analisadas sobre o prisma da Constituição Federal e o Código Civil, bem como os princípios constitucionais e específicos que norteiam a matéria.

O segundo capítulo verifica as regras de direito sucessório dos cônjuges e dos companheiros, com intuito de aprofundar o estudo em questão.

Por fim, o terceiro capítulo, para um estudo pormenorizado da matéria, trata da possível aplicação das regras de Direito Sucessório nas relações formadas por pessoas do mesmo sexo, com levantamentos jurisprudenciais acerca da matéria. E, por fim, a Conclusão, contemplando uma síntese da pesquisa realizada.

Importante salientar que o presente estudo não tem a pretensão de esgotar o assunto, mas tão-só esclarecer alguns pontos relevantes, apresentando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em torno das garantias às uniões homoafetivas.

2 O CONTEXTO DA FAMÍLIA NO BRASIL

2.1 A CF/88 E A FAMÍLIA ATUAL: A VISÃO DA FAMÍLIA NO BRASIL

O que é família? Pensar no que seja família é primeiramente pensar no modelo convencional composto por um homem e uma mulher unidos pelo matrimônio com objetivo de terem filhos.

Não obstante, Silvio Rodrigues esclarece que:

O vocábulo “família” é usado em vários sentidos. Num conceito mais amplo poder-se-ia definir a família como formada por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consangüíneos. (RODRIGUES, 2006a, p. 04).

Entretanto, analisando a família num sentido ainda mais restrito, poder-se-ia dizer que família é aquela constituída pelo conjunto de pessoas compreendido pelos pais e seus descendentes. É o entendimento de Silvio Rodrigues:

A família se apresenta, portanto, como instituição que surge e se desenvolve do conúbio entre o homem e a mulher e que vai merecer a mais deliberada proteção do estado, o qual nela vê a célula básica de sua organização social. (RODRIGUES, 2006a, p. 10).

A família sempre foi o núcleo básico e essencial de qualquer sociedade. Entretanto, não se pode ignorar a existência de novas famílias, não só aquelas unidas pelo vínculo de sangue ou legal. Atualmente o conceito de família vem se transformando e não se constitui família somente aquela formada entre homem, mulher e filhos unidos pelo casamento e por uma certidão. Os vínculos de amor e afeto são os verdadeiros elementos solidificadores de uma entidade familiar.

Para Maria Berenice Dias, “A família adquiriu função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes”. (DIAS, 2007, p. 38).

O homem deixou de ser o provedor exclusivo da família. A mulher vem ganhando espaço no meio profissional, e assim ajudando de maneira direta no sustento da família

Ana Carla Harmatiuk Matos ilustra a mudança social em relação ao tradicionalismo da entidade familiar representado pelo casamento:

Mesmo com relação à família formalmente instituída, pode-se afirmar estar havendo uma democratização do conteúdo concernente ao casamento. Hoje em dia, tem-se tornado comum a mulher optar por não adotar o nome da família do marido, e, ainda que não corriqueiramente, observa-se a igual possibilidade do marido usar o patronímico da mulher, denotando um forte sinal de mudança dos tempos e do princípio da igualdade entre homem e mulher. A contestação da noção de deveres conjugais e, conseqüentemente, do critério da culpa para os efeitos da dissolução da sociedade conjugal está, também, nesse mesmo sentido, destacando-se o princípio da intimidade. (MATOS, 2004, p. 19).

Dessa forma, convém ressaltar que “o *homem*, no contexto familiar, vem reformulando, cada dia, suas funções, acompanhando e participando mais de perto do desenvolvimento dos filhos, ficando sempre ressalvados os seus direitos como membro da comunidade em que vive.” (CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2004, p. 635).

No mais, o laço entre Estado e Igreja tornou-se mais flexível, reestruturando a sociedade e modificando o próprio conceito de família.

Maria Berenice Dias explica a nova realidade das entidades familiares:

Os novos contornos da família estão desafiando a possibilidade de se encontrar uma conceituação única para sua identificação. Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independente de sua conformação. (DIAS, 2007, p. 40).

Destarte, “entidade familiar tanto é a que se origina do casamento como a que nasce da união estável, como, ainda a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, nos termos do art. 226 da CF de 1988”. (WALD, 2004, p. 229).

As várias modificações do modelo tradicional de família trouxeram ao Direito o afeto como valor jurídico relevante. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 reconheceu entidades familiares unidas pelo vínculo de afeto, independente de existir união formal [com certidão de casamento], a união estável.

Maria Berenice Dias esclarece:

A tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar a família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o

desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade. (DIAS, 2007, p. 41).

As pessoas buscam cada vez mais uma sociedade compreensível e com mais liberdade, no intuito de realizarem o sonho de serem felizes as suas maneiras, sem serem obrigadas a seguir uma estrutura familiar pré-estabelecida. Atualmente, o que importa na tônica familiar é o vínculo de afeto que enlaça as pessoas.

Com efeito, até a entrada em vigor da atual Constituição, o casamento era a única forma possível de formação de família. A Constituição Federal de 1988 alterou significativamente o tema no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, dispõe o artigo 226 da Constituição Federal alguns tipos de entidades familiares, entre elas a união estável; a família monoparental, ou seja, aquela formada por apenas um dos pais e seus descendentes; e ainda determinou a igualdade entre o homem e a mulher referente à sociedade conjugal:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

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

§ 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. (BRASIL, 1988).

Patrícia Fontanella explica essa mudança social com reflexo no novo conceito de família:

A evolução da sociedade, de seus valores, da tecnologia e da ciência acabou por impulsionar inúmeras mudanças ao longo do século passado, as quais tiveram influência direta no conceito de família, sobretudo no Brasil do século XXI.

A família moderna, até então considerada apenas a constituída pelas leis do Estado – com características patriarcais, patrimoniais e rurais – vê seu conceito ser redesenhado a partir do reconhecimento, na própria Constituição de 1988, art. 226 e seus parágrafos, de outras espécies de família, quais sejam: a matrimonial, oriunda do casamento; a não-matrimonial, oriunda da União Estável (união entre pessoas fora dos laços do matrimônio com intuito de constituir família) e a monoparental (constituída por qualquer dos pais e seus descendentes). (FONTANELLA, 2006, p. 55).

Uma forte evidência de mudança social no âmbito do direito de família é a família conhecida como pluriparental, que ainda não é reconhecida como entidade familiar pela legislação brasileira. Enquanto as pessoas não estiverem realizadas

emocionalmente, continuarão na busca pelo amor. Assim sendo, novas famílias no meio de outras já existentes vão surgindo. Essa expressão consiste na multiplicidade de vínculos, a separação seguida de uma nova união.

Maria Berenice Dias traduz uma nova realidade familiar:

Agora surge a expressão famílias pluriparentais ou mosaico, que resultam da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não-matrimoniais e das desuniões. A multiplicidade de vínculos, a ambigüidade dos compromissos e a interdependência, ao caracterizarem a família mosaico, conduzem para a melhor compreensão desta modelagem. A especificidade decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum. É a clássica expressão: os meus, os teus, os nossos. (DIAS, 2007, p. 47).

Destarte, fica claro que a sociedade se modifica constantemente, uma vez que o indivíduo sempre está à procura da sua realização emocional, da sua própria felicidade, e para isso é capaz de formar algumas entidades familiares ao longo de sua existência.

O Código Civil implantou essa linha de raciocínio quando determinou que nenhuma pessoa pode interferir na vida da família de outrem nos termos do artigo 1.513: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. (BRASIL, 2008).

Os seres humanos mudam e as relações entre as pessoas se transformam com muito mais rapidez do que a lei é criada para reger a vida, estabelecer regras de conduta e, assim, satisfazer os interesses da sociedade. Percebe-se que o Direito corre atrás dos fatos, justamente pela impossibilidade de acompanhar a dinamicidade das relações sociais, uma vez que a lei só é criada a partir de novos fatos sociais.

Dessa forma, para auxílio na complexa compreensão do Direito de Família, que os Princípios são fundamentais, uma vez que este ramo do direito está fortemente ligado a afetividade. Não há um protótipo a ser seguido, como por exemplo, no Direito Tributário. É um ramo do direito em que é necessário a percepção sensível do julgador, para que se possa entender melhor o caso concreto e ponderar como se reportaram as pessoas em determinada relação afetiva, para assim aplicar a norma jurídica ao caso concreto.

Portanto, para que haja um julgamento adequado nos casos de direito de família é imprescindível uma análise paralela de princípios juntamente com as leis que norteiam o direito de família.

Convém esclarecer o significado de Princípios, como bem observa Maria Berenice Dias:

Os **princípios** são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque têm **alto grau de generalidade**, mas também por serem **mandatos de otimização**. Possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam. Devem ter conteúdo de **validade universal**. Consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios. (DIAS, 2007, p. 55, grifo do autor).

Hodiernamente, o Direito de Família afim de atender a realidade da sociedade e apresentar a melhor noção de família contemporânea possível, está calcado nos Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, da Liberdade e da Igualdade.

Primeiramente, há que se ressaltar a importância do Princípio da dignidade da pessoa humana que representa um complexo de direitos sociais e humanos, e ainda coloca o homem como centro do universo jurídico.

Por ser o pilar do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana aparece como fundamento da República Brasileira na Constituição Federal de 1988:

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. (BRASIL, 1988).

Por ser um princípio complexo, por vezes se torna difícil a sua definição.

Walber de Moura Agra esclarece:

A dignidade da pessoa humana representa um complexo de direitos que são apanágio da espécie humana, sem eles o homem se transformaria em coisa, *res*. São direitos, como vida, lazer, saúde, educação, trabalho, cultura, que devem ser propiciados pelo Estado e, para isso, pagamos

tamanho carga tributária. Esses direitos servem para densificar, fortalecer, o direito à dignidade da pessoa humana. (AGRA, 2003, p. 124).

Assim, por ser o princípio da dignidade da pessoa humana um emaranhado de direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet ensina que este princípio consiste na:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2002, p. 170).

Para Maria Berenice Dias, dele decorrem todos os demais princípios constitucionais:

O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macrop princípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos. No dizer de Daniel Sarmiento, representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade. (DIAS, 2007, p.59).

Por fim, Taísa Ribeiro Fernandes complementa o significado do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana:

O Estado Democrático de Direito tem como um de seus fundamentos o da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), que é a síntese de todos os direitos fundamentais. Um dos fins do Estado, sobretudo quanto ao aspecto moral, é o de garantir que as pessoas tenham uma vida digna. (FERNANDES, 2004, p. 160).

Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana por ser um complexo de direitos fundamentais, tais como educação, saúde, lazer, enfim, garantir uma vida digna as pessoas, está diretamente relacionado com outros princípios, quais sejam a igualdade e a liberdade. A Constituição Federal de 1988 preceitua o Princípio da Igualdade nos termos do artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. (BRASIL, 1988).

Portanto, pensar no que seja igualdade remete pensar que todos os seres humanos são iguais. Entretanto, há uma certa diferença entre os indivíduos por estarmos inseridos muitas vezes em meios sociais diversos, e assim adquirirmos personalidades diferentes. Destarte, José Afonso da Silva traduz o conceito do Princípio da Igualdade:

Uma posição, dita *realista*, reconhece que os homens são desiguais sob múltiplos aspectos, mas também entender ser supremamente exato descrevê-los como criaturas iguais, pois, em cada um deles, o mesmo sistema de características inteligíveis proporciona, à realidade individual, aptidão para existir. Em essência, como seres humanos, não se vê como deixar de reconhecer igualdade entre os homens. Não fosse assim, não seriam da mesma espécie. A igualdade aqui se revela na própria identidade essência dos membros da espécie. Isso não exclui a possibilidade de inúmeras desigualdades entre eles. Mas são desigualdades fenomênicas: naturais, físicas, morais, políticas, sociais etc. (SILVA, 2000, p. 215).

Os princípios da liberdade e da igualdade, correlacionados entre si, são direitos humanos fundamentais que se integraram ao princípio da dignidade da pessoa humana. No âmbito do direito de família o princípio da liberdade refere-se ao tipo de entidade familiar e a escolha do par, assim como atualmente há igualdade entre o homem e a mulher na administração do lar conjugal.

Destarte, Maria Berenice Dias anota:

A liberdade e a igualdade – correlacionados entre si – foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, integrando a primeira geração de direitos a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. O papel do direito – que tem como finalidade assegurar a liberdade – é coordenar, organizar e limitar as liberdades. Justamente pra garantir a liberdade individual. Parece um paradoxo. No entanto, só existe liberdade se houver, em igual, proporção e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade. [...] Os princípios da liberdade e da igualdade, no âmbito familiar, são consagrados em sede constitucional. Todos tem liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. A isonomia de tratamento jurídico permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal. Também, na união estável, é a isonomia que protege o patrimônio entre personagens que disponham do mesmo *status familiae*. (DIAS, 2007, p. 60).

A Constituição Federal nos termos do artigo 5º, inciso I, reconhece a igualdade entre homem e mulher: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. (BRASIL, 1988). Por fim, conclui Taísa Ribeiro Fernandes:

O princípio da igualdade (ou isonomia) é básico, fundamental, o princípio dos princípios (CF, art. 5º, *caput*). Veda discriminações imotivadas, proíbe distinções injustificadas, inadmite privilégios. Não há Democracia onde não sejam todos iguais perante a lei, sem distinções arbitrárias, desarrazoadas. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição (CF, art. 5º, I). (FERNANDES, 2004, p. 152).

Há também que se ressaltar o Princípio Constitucional da Solidariedade previsto no artigo 3º da Constituição Federal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”. (BRASIL, 1988).

O Princípio da Solidariedade diz respeito à reciprocidade que cada indivíduo tem para com o outro, a ajuda mútua. Na visão de Maria Berenice Dias:

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna. Também ao ser imposto aos pais o dever de assistência aos filhos (CF 229), consagra-se o princípio da solidariedade. O dever de amparo às pessoas idosas (CF 230) dispõe do mesmo conteúdo solidário. A lei civil consagra o princípio da solidariedade ao dispor que o casamento estabelece plena comunhão de vidas (CC 1.511). Igualmente a obrigação alimentar dispõe deste conteúdo (CC 1.694). (DIAS, 2007, p. 63).

E ainda Flávio Tartuce:

Mas vale lembrar que a solidariedade não é só patrimonial, é afetiva e psicológica. Nesse princípio, portanto, ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado (CF 227) o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação. (TARTUCE, 2008, p.32).

Por conseguinte, o princípio da solidariedade implica também em respeito e consideração mútuos em relação aos membros da entidade familiar, pois é a família que dará todo e qualquer suporte necessário ao crescimento individual de cada um. Assim, o Princípio da Solidariedade visa garantir o afeto nas relações familiares.

Entretanto, o Direito não detém o poder de criar afetividade, pois sentimentos não são gerados a partir de uma lei, mas sim da convivência diária entre as pessoas. Dessa forma, o Poder Legislativo, e por consequência o Poder

Judiciário, não tem condições de produzir regras e condutas de como as famílias serão constituídas ou organizadas.

Desse modo, o princípio da afetividade é um dos principais alicerces do Direito de Família, que decorre da valorização da dignidade da pessoa humana, que considera o homem como o centro do universo jurídico. É o afeto que enlaça as pessoas e estas que decidiram a melhor forma de viver conforme seus ideais, para assim constituir uma família com suas características próprias, como explana Flávio Tartuce:

O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana. (TARTUCE, 2008, p. 41).

José Sebastião de Oliveira esclarece seu conceito:

Os integrantes das famílias, não obstante a intensa liberdade com que mantêm seus relacionamentos, buscam cada dia mais o fortalecimento da reciprocidade dos seus sentimentos. Esse amálgama dos laços familiares é representado pela afetividade. Essa razão não vem de nenhuma estrutura legislativa codificada. Realmente, o Direito não tem o poder de criar afetividade. Sentimentos naturais não decorrem de legislações, mas da vivência cotidiana informada pelo respeito, diálogo e compreensão. (OLIVEIRA, 2002, p. 233).

E ainda Maria Berenice Dias:

A idéia de família formal, cujo comprometimento mútuo decorre do casamento, vem cedendo lugar à certeza de que é o envolvimento afetivo que garante um espaço de individualidade e assegura uma auréola de privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento do ser humano. Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. (DIAS, 2007, p. 54).

As pessoas cada vez mais buscam uma realização pessoal, e para isso procuram encontrar o amor, a felicidade e o afeto tão desejado na construção de uma família, seja ela oriunda do matrimônio ou não.

Percebe-se que a família atual encontra-se enraizada no amor e no afeto, e tem como alicerces fundamentais a igualdade e o respeito, assim não há mais a necessidade de o Estado regulamentar demasiadamente as normas da vida pessoal de cada indivíduo. Como bem aclara Maria Berenice Dias:

A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas. (DIAS, 2007, p. 55).

Dessa forma, o conceito de Direito de Família atual nasce por meio do afeto decorrente das relações afetivas. Forçosamente verifica-se que atualmente não há um modelo pré-constituído do que seja família, uma vez que as relações afetivas são diversas.

2.2 A UNIÃO ESTÁVEL E AS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

Um marco importante no direito de família brasileiro foi o reconhecimento da família organizada fora do casamento. A união estável, uma das novas entidades familiares, ganhou espaço na Constituição Federal de 1988, e assim passou a ser reconhecida como uma entidade familiar.

A Constituição Federal dispõe a união estável (união, entre um homem e uma mulher, fora dos laços do matrimônio com intuito de constituir família:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 1988).

Teresa Arruda Alvim Pinto define o conceito de união estável:

Para que se caracterize uma união estável, é necessário que o homem e a mulher sejam reciprocamente fiéis, que tenham e vivam numa comunhão de interesses, por um tempo razoável, que a relação seja notória, que faça as vezes, social, afetiva e psicologicamente de um casamento, que tenham os 'unidos', *animus* de vida matrimonial. Não é necessário que residam sob o mesmo teto, nem que estejam separados ou divorciados dos cônjuges anteriores. (PINTO apud FONTANELLA, 2006, p. 24).

E ainda, como bem aduz Maria Berenice Dias:

Nasce a união estável da convivência, simples fato jurídico que evoluiu para a constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam dessa

relação. O que se exige é a efetiva convivência *more uxório*, com características de uma união familiar, por um prazo que denote estabilidade e objetivo de manter a vida em comum entre o homem e a mulher assim compromissados. (DIAS, 2007, p. 161).

Percebe-se que a diferença entre o casamento e a união estável é tênue, uma vez que a união estável entre um homem e uma mulher, fora do matrimônio, mas com caráter estável e público, difere do casamento, fundamentalmente, pela inexistência da adoção de uma forma solene exigida pela lei. Assim sendo, Maria Berenice Dias compara as duas entidades familiares tão próximas:

Há quase uma simetria entre as duas estruturas de convívio que têm origem em elo afetivo. A divergência diz só com o modo de constituição. Enquanto o casamento tem seu início marcado pela celebração do matrimônio, a união estável não tem termo inicial estabelecido – nasce da consolidação do vínculo de convivência, do comprometimento mútuo, do entrelaçamento de vidas e do embaralhar de patrimônios. (DIAS, 2007, p. 159).

E ainda Flávio Tartuce:

Realmente, como fato social, a união estável é tão exposta ao público como o casamento, em que os companheiros são conhecidos, no local em que vivem, nos meios sociais, principalmente de sua comunidade, junto aos fornecedores de produtos e serviços, apresentando-se, enfim, como se casados fossem. Diz o povo, em sua linguagem autêntica, que só falta aos companheiros “o papel passado”. Essa convivência, como no casamento, existe com continuidade; os companheiros não só se visitam, mas vivem juntos, participam um da vida do outro, sem termo marcado para se separarem. (TARTUCE, 2008, p. 262).

Como anota Silvio de Salvo Venosa (2006), na união estável existe a convivência entre o homem e a mulher, a fim de dividir suas vidas, como se marido e esposa fossem, mas não há as formalidades do casamento civil.

Tais institutos são tão próximos que o legislador no Código Civil, nos termos do artigo 1.726, sugere a conversão da união estável em casamento: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”. (BRASIL, 2008).

Há que se ressaltar que “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”, nos termos do artigo 1.727 do Código Civil, e qualquer discussão acerca de direitos dessas uniões dar-se-á em Vara Cível. (BRASIL, 2008).

Dessa forma, entende-se como união estável o relacionamento entre um homem e uma mulher fora do casamento com a presença de alguns requisitos, tais

como, a coabitação, a inexistência de impedimentos matrimoniais, a convivência contínua e notória com interesses e objetivos comuns, a lealdade, a fidelidade e o respeito recíprocos entre os companheiros.

Os elementos caracterizadores da união estável estão regulamentados no Código Civil:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

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

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. (BRASIL, 2008).

Logo, os elementos subjetivos estão determinados nos termos do artigo 1.724 do Código Civil: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. (BRASIL, 2008).

Flávio Tartuce esclarece os requisitos da União Estável:

Os requisitos, nesse contexto, são que a união estável seja pública (no sentido de notoriedade, não podendo ser oculta, clandestina), contínua (sem que haja interrupções, sem o famoso “dar um tempo” que é tão comum no namoro) e duradoura, além do objetivo de os companheiros ou conviventes de estabelecerem uma verdadeira família (*animus familiae*). Esses critérios são totalmente subjetivos, razão pela qual acreditamos existir uma verdadeira cláusula geral para a constituição da união estável. A lei não exige que os companheiros residam sob o mesmo teto, já que continua em vigor a Súmula 382 do STF. (TARTUCE, 2008, p. 263).

E ainda Rodrigo da Cunha Pereira acrescenta:

Embora, discutíveis, no Direito pátrio e estrangeiro, podemos apontar, como elementos que integram ou que caracterizam a união estável, a durabilidade da relação, a existência de filhos, a construção patrimonial em comum, *affectio societatis*, coabitação, fidelidade, notoriedade, a comunhão de vida, enfim, tudo aquilo que faça a relação parecer um casamento. É a posse de estado de casado. (PEREIRA, 2004, p. 29).

No mais, não há a obrigatoriedade da mesma moradia entre os companheiros, de acordo com a súmula 382 do STF: “A vida em comum sob o mesmo teto, ‘more uxorio’, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Maria Berenice Dias explica:

Um dos deveres do casamento é a vida em comum, no domicílio conjugal (CC 1.566, II). Na união estável, inexistente essa imposição, nada é dito sobre

o domicílio familiar. Assim, a coabitação, ou seja, a vida em comum sob o mesmo teto não é elemento essencial para a sua configuração. Aliás, não era exigido sequer para o reconhecimento do concubinato. A súmula 382 do STF dispensou a vida *more uxório* dos concubinos. Ainda que tenha sido editada para interpretar a palavra “concubinato”, para fins de investigação de paternidade, restou cunhado novo conceito de concubinato, que cabe ser estendido à união estável. (DIAS, 2007, p. 168).

No que se refere “aos efeitos patrimoniais, determina a aplicação, no que couber, do regime da comunhão parcial de bens (art. 1.725), e, assim, os companheiros passam a partilhar todo o patrimônio adquirido na constância da união, como se casados fossem”. Por conseguinte, se não existir um contrato de convivência, constituirá o regime da comunhão parcial de bens, nos termos do artigo 1.725 do Código Civil: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. (BRASIL, 2008).

Maria Berenice Dias esclarece esses efeitos patrimoniais:

No regime da comunhão parcial, todos os bens amealhados durante o relacionamento são considerados fruto do trabalho comum, adquiridos por colaboração mútua, passando a pertencer a ambos em parte iguais. Instala-se um estado de condomínio entre o par. Tudo há que ser dividido. A presunção de propriedade do titular aparente no registro não é mais absoluta, e o companheiro é patrimonialmente equiparado ao cônjuge. Adquirido o bem por um, transforma-se em propriedade comum, devendo ser partilhado por metade na hipótese de dissolução do vínculo. Portanto, quem vive em união estável e adquire algum bem, ainda que em nome próprio, não é o seu titular exclusivo. O fato de o patrimônio figurar como de propriedade de um não afasta a co-titularidade do outro. (DIAS, 2007, p. 170).

E ainda Roberto Senise Lisboa:

Os principais efeitos patrimoniais incidentes sobre a união estável são os seguintes:

- a) O patrimônio adquirido a título oneroso e os bens adquiridos em época posterior à união estável são comuns dos conviventes; Constitui-se, desse modo, o condomínio na união estável.
- A lei adotou um regime de bens similar à comunhão parcial, comunicando-se os bens percebidos a título oneroso, a partir do termo inicial da união estável. (LISBOA, 2004, p. 232).

Dessa forma, o patrimônio adquirido onerosamente pelo esforço comum na vigência da união estável será dividido igualmente entre os companheiros em respeito à doutrina do esforço indireto.

Do estudo até agora realizado, percebe-se que a legislação atual reconhece apenas algumas espécies de família, sem, contudo, tratar dos novos modelos de união que vem chegando ao Poder Judiciário na busca da tutela estatal.

Com efeito, o sistema jurídico atual brasileiro é regido pelo respeito à dignidade da pessoa humana, dele decorrendo os princípios da igualdade e da liberdade. Contudo, não se reconheceu direitos às uniões formadas por pessoas do mesmo sexo.

A homossexualidade é uma realidade antiga, visto que sempre existiu, desde as origens da história humana, como bem retrata Ivone Souza:

Efetivamente, para a avançada sociedade grega em suas concepções de sexualidade, todo homem pode ser ora hetero, ora homossexual, muitos séculos antes que a Psicanálise introduzisse a hipótese da bissexualidade humana. Ao mesmo tempo, uma inclinação natural em despojar de conflitos internos, psíquicos, as chamadas relações homossexuais e fazer delas objetos de aceitação plena, pelo menos no seio das camadas sociais mais dotadas. Além disso, propõe incluí-la entre os costumes de elegância no conviver grego. (SOUZA apud FONTANELLA, 2006, p. 60).

E ainda Roberto Senise Lisboa:

A homossexualidade existe desde tempos remotos, podendo-se encontrar informações a seu respeito desde o período antediluviano. Em que pese o fato de o relato bíblico existente no Antigo Testamento demonstrar que os hebreus a repudiavam, os gregos e os romanos a admitiam, porém não conferiam qualquer regime jurídico a tal situação. (LISBOA, 2004, p. 249).

A homossexualidade pode ser definida como o interesse sexual por alguém do mesmo sexo, ou seja, é a atração física que uma pessoa tem por outra do mesmo sexo. Taísa Ribeiro Fernandes elucida:

Homossexual é o indivíduo cuja inclinação sexual é voltada para uma pessoa do mesmo gênero, o homem que se sente atraído por outro homem e a mulher que se sente atraída por outra mulher. É alguém que não nega sua formação morfológica, entretanto, seu interesse e sua atividade sexual são voltados, direcionados exclusivamente para quem tem o mesmo sexo que o seu. (FERNANDES, 2004, p. 21).

A sociedade ainda enfrenta dificuldades para reconhecer este tipo de relacionamento, uma vez que a grande maioria ainda tem preconceito para a inserção de pessoas que se relacionam com outras do mesmo sexo na sociedade, como aclara Maria Berenice Dias:

A homossexualidade acompanha a história do homem. Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal

contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de ser amigas de homossexuais. É simplesmente uma outra forma de viver. A origem não se conhece. Aliás, nem interessa, pois, quando se buscam causas, parece que se está atrás de um remédio, de um tratamento para encontrar cura para algum mal. (DIAS, 2007, p. 182).

A própria Constituição Federal prevê que todos devem ser tratados igualmente, sob a égide da mesma lei. No que se alude à homossexualidade, o princípio da igualdade refere-se ao mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, independente de orientação sexual.

Não há motivo para rejeitar indivíduos da sociedade pelo simples motivo de ser a sua orientação sexual diversa do que é considerado “normal” em certa cultura. Além do mais, Taísa Ribeiro Fernandes acrescenta que a nossa sociedade tem como alicerce o Princípio da Igualdade, assim se torna injustificável tamanho preconceito:

Num estado Democrático de Direito, numa sociedade fraterna, pluralista, livre, solidária, justa, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação, que tem como um de seus fundamentos a dignidade humana, e que proclama a igualdade como preceito fundamental, não se pode rejeitar, violentar ou perseguir seres humanos que assumem uma insuperável orientação sexual que não é a da maioria das pessoas. (FERNANDES, 2004, p. 49).

Dessa forma, sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito fundamentado nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade não há fundamentação para não se assegurar direitos aos homossexuais.

É o entendimento de Roger Raupp Rios que “a partir do universalismo da igualdade formal também se pode analisar a defesa do ‘direito à diferença’. Nessa concepção, a igualdade decorre do respeito à diferença, que protege a identidade do indivíduo homossexual”. (RIOS, 2002, p. 130).

No mais, há o direito à sexualidade que como bem ilustra Maria Berenice Dias:

A sexualidade integra a própria condição humana. É direito humano fundamental que acompanha a pessoa desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode se realizar como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual. O direito a tratamento igualitário independe da tendência afetiva. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. (DIAS, 2007, p. 184).

Como a relação homossexual não é o estereótipo na nossa cultura de entidade familiar, ou seja, aquelas já reconhecidas pelo Estado, há um enorme preconceito para a sua caracterização, e assim assegurar a essas relações um tratamento igualitário independentemente de orientação sexual, por mais que a sociedade tenha conhecimento que estas relações existam. Uma vez que só reconhecemos relacionamentos heterossexuais, a realidade em que vivemos é uma discriminação no que se refere ao conceito de entidade familiar em virtude da orientação sexual. Dessa forma, Maria Berenice Dias elucida:

Quase intuitivamente se reconhece como família exclusivamente a relação interpessoal entre um homem e uma mulher constituída pelos sagrados laços do matrimônio. É tão arraigada essa idéia que o legislador, quando trata do casamento, não se refere sequer à diversidade do sexo do par. Assim, na ausência de vedação constitucional ou legal, não há impedimento ao casamento homossexual. (DIAS, 2007, p. 182).

É importante frisar que não há como se negar o caráter de entidade familiar de maneira análoga aos relacionamentos homoafetivos que possuam em seu bojo as características da união estável, quais sejam: a existência de um lar respeitável e duradouro; o cumprimento dos deveres de lealdade, fidelidade e a assistência recíproca; e a comunhão de afetos, vidas e interesses.

Assim como na união estável, a união homossexual é construída nos alicerces do amor e da fidelidade no intuito de constituir uma família.

Desta forma, Taísa Ribeiro Fernandes compara a união estável à união homossexual:

Se, na busca da felicidade, num projeto de vida comum, duas pessoas do mesmo sexo se juntam e se unem, numa comunidade afetiva, com os mesmos laços e compromissos, com os mesmos sonhos e esperanças que também motivam as de sexo diferente, não há razão ou motivo para que se deixe de reconhecer que o casal homossexual, naquela relação amorosa, forma, igualmente, uma família. (FERNANDES, 2004, p. 49).

A união homossexual, assim como a união estável, deve apresentar alguns requisitos para que seja configurada como uma entidade familiar. Taísa Ribeiro Fernandes elucida os requisitos para a caracterização da união entre pessoas do mesmo sexo:

Assim como na união estável entre o homem e a mulher, nas relações afetivas entre duas pessoas do mesmo sexo, como dissemos acima, existem os mesmos elementos essenciais, os requisitos objetivos e subjetivos, o conteúdo mínimo, caracterizados de uma entidade familiar.

São eles: a convivência pública, contínua e duradoura, lealdade, assistência moral e material, respeito, comunhão de vida, e tudo isso envolvido pelos laços do amor e da solidariedade, pelo propósito de percorrer juntos e unidos os caminhos da existência. (FERNANDES, 2004, p. 80).

Portanto, a única diferença, entre a união estável entre um homem e uma mulher regulamentada pela Constituição Federal em seu artigo 226, § 3º e a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a união homossexual, é a escolha do sexo companheiro. Uma vez que ambas devem seguir os mesmos requisitos para que sejam configuradas como entidades familiares. Assim sendo, é o entendimento de Taísa Ribeiro Fernandes:

Tais parcerias representam, sim, uniões estáveis; só não são, é claro, as uniões estáveis entre homem e mulher de que trata a Constituição naquele dispositivo. Mas todo o regulamento sobre as uniões estáveis heterossexuais pode ser estendido às parcerias homossexuais, dada a identidade das situações, ou seja, estão presentes, tanto em uma quanto em outra, os requisitos de uma vida comum, como respeito, afeto, solidariedade, assistência mútua e tantos outros. Portanto, clamam por um tratamento analógico. [...] Pensar diferente é não estar atento para os vários princípios e normas constitucionais que se aplicam ao tema, desde o da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da não discriminação em razão do sexo e outros. (FERNANDES, 2004, p. 68).

Por derradeiro, a união homoafetiva é uma realidade na sociedade brasileira, e que na maioria das vezes, em virtude dessas uniões, é construído um patrimônio comum. Entretanto, a legislação brasileira ainda não prevê direitos e deveres específicos às essas uniões.

Assim, um fato que não há como se discutir, é que um dia a vida acabará em morte. E quando isso acontecer, alguém nos substituirá, ou seja, nos sucederá no que se refere ao patrimônio adquirido.

Com efeito, no próximo capítulo abordaremos o direito sucessório no Código Civil de 2002, a fim de dar continuidade ao tema em estudo, ou seja, analisar a possibilidade de aplicação das regras sucessórias aos companheiros homossexuais.

3 O DIREITO SUCESSÓRIO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

3.1 ESPÉCIES DE SUCESSÃO HEREDITÁRIA: LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA

O significado da palavra suceder nos remete a idéia de substituição. No caso do Direito Sucessório é a substituição de uma pessoa por outra da família. Dessa forma, “sucessão, em sentido amplo, é a substituição da pessoa física ou da pessoa jurídica por outra, que assume todos os direitos e obrigações do substituído ou sucedido, pelos modos aquisitivos existentes”. (LISBOA, 2004, p. 367).

Assim, convém explicar o conceito:

O Direito das Sucessões opera por meio da morte do titular de um direito que não seja personalíssimo e que, nesta medida, possa e deva ser transferido para um outro titular, sob pena de se extinguir. Assim, sempre que um direito qualquer puder ser transferido para outra pessoa em razão da morte de seu antigo titular, estaremos diante do campo propício para a aplicação das regras do direito sucessório. Daí dizermos se tratar de sucessão *mortis causa*. (HIRONAKA; PEREIRA, 2004, p. 15).

Silvio Rodrigues complementa:

A idéia de sucessão sugere, genericamente, a de transmissão de bens, pois implica a existência de um adquirente de valores, que substitui o antigo titular. Assim, em tese, a sucessão pode operar-se a título gratuito ou oneroso, *inter vivos* ou *causa mortis*. Todavia, quando se fala em direito das sucessões entende-se apenas a transmissão em decorrência de morte, excluindo-se, portanto, do alcance da expressão, a transmissão de bens por ato entre vivos. Assim sendo, o direito das sucessões se apresenta como o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores. A definição usa a palavra patrimônio, em vez de referir-se à transmissão de bens ou valores, porque a sucessão hereditária envolve a passagem, para o sucessor, tanto do ativo como do passivo do defunto. (RODRIGUES, 2006b, p. 03).

A sucessão é a transmissão do patrimônio do *de cuius* aos seus sucessores, que na forma da lei só ocorre após a morte de um indivíduo. É a transmissão dos bens do falecido aos seus herdeiros.

A Constituição Federal prevê em seu artigo 5º as garantias individuais, entre elas assegura o direito de herança:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXX - é garantido o direito de herança. (BRASIL, 1988).

A sucessão hereditária pode ser dividida em duas espécies, a legítima e a testamentária, como determina o Código Civil nos termos do artigo 1.786: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. (BRASIL, 2008).

Douglas Phillips Freitas explica o significado de sucessão hereditária:

Como visto, a sucessão hereditária opera-se em razão da morte (*causa mortis*) de uma pessoa, ou de sua ausência judicialmente declarada.

Os bens deixados pelo morto constituem a herança, ou acervo hereditário. Sua transmissão é feita em favor dos sucessores, sejam aqueles previstos na lei, sejam, prioritariamente, os nomeados por ato de vontade do autor da herança mediante testamento. (FREITAS, 2006, p. 17).

Destarte, a sucessão hereditária está diretamente ligada à herança, ou seja, o patrimônio deixado pelo *de cujus*, que será transmitido aos sucessores legítimos ou testamentários. De acordo com o artigo 1.784 do Código Civil: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. (BRASIL, 2008).

Rubiane de Lima explica a diferença entre ambas as espécies:

Sucessão legítima é a seguidora dos ditames legais. Processa-se conforme a ordem de vocação hereditária colocada pelo Código, e sucessão testamentária é a que se dá em virtude de ato de manifestação de última vontade; o autor da herança deixa claro em documento as suas intenções. (LIMA, 2003, p. 18).

Portanto, a sucessão legítima segue as regras gerais impostas pela lei, enquanto a sucessão testamentária é a declaração da vontade do falecido, ou seja, quando o autor da herança escolhe e determina através de documento legal a quem serão destinados seus bens.

Rui Ribeiro de Magalhães elucida o conceito da sucessão legítima:

Considera-se legítima a sucessão que se defere, exclusivamente, de acordo com a lei, quer porque o autor da herança tenha falecido *ab intestato*, quer porque tendo deixado testamento este não possa ser cumprido em razão da existência de causa de invalidade. (MAGALHÃES, 2004, p. 75).

E ainda Flávio Tartuce:

Toda sucessão legítima toma por base o seguinte fundamento: como o falecido não fez testamento, presume a lei sua vontade, determinando o destino de seus bens. Em outras palavras, presume-se a afetividade do falecido para com seis parentes, cônjuge ou companheiro. A ordem de chamamento dos parentes, cônjuge ou companheiro do falecido decorre, em princípio, dessa presunção legal da afetividade. (TARTUCE, 2007, p. 133).

Assim, a sucessão legítima é aquela em que a herança é transmitida de acordo com a lei. Já a espécie de sucessão testamentária é a última vontade manifestada pelo autor da herança. Silvio Rodrigues explica o conceito de sucessão testamentária:

Ao lado da sucessão legítima, que se processa por força da lei e nos casos analisados, encontra-se a sucessão testamentária, que deriva da manifestação de última vontade, revestida da solenidade prescrita pelo legislador.

Com efeito, este permite a disposição de bens por testamento; apenas limita essa liberdade de disposição no caso de ter o testador herdeiros necessários, ou seja, descendentes, ascendentes ou cônjuge, pois, nessa hipótese, só pode o testador dispor da metade de seus bens, visto que a outra metade constitui a reserva daqueles herdeiros que, fora o caso excepcional de deserção ou exclusão, a ela têm direito. (RODRIGUES, 2006b, p. 143).

Carlos Roberto Gonçalves complementa:

A sucessão testamentária decorre de expressa manifestação de última vontade, em testamento ou codicilo. A vontade do falecido, a quem a lei assegura a liberdade de testar, limitada apenas pelos direitos dos herdeiros necessários, constitui, nesse caso, a causa necessária e suficiente da sucessão. Tal espécie permite a instituição de herdeiros e legatários, que são, respectivamente, sucessores a título universal e particular. (GONÇALVES, 2007, p. 204).

Portanto, sucessão testamentária é a transmissão da herança por meio de testamento e ocorre quando houve manifestação de última vontade do falecido.

O testamento tem como características ser um negócio jurídico unilateral, de caráter personalíssimo, solene, gratuito e eminentemente revogável, a teor do artigo 1.858 do Código Civil: “O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo”. (BRASIL, 2008).

Silvio Rodrigues explica as particularidades do testamento:

Trata-se de negócio jurídico *unilateral*, pois se aperfeiçoa com a exclusiva manifestação de vontade do testador. De ato *personalíssimo*, pois sua feitura reclama a presença do testador, afastada a interferência de procurador.

O testamento é negócio *solene*, já que a lei estabelece forma rígida para sua feitura. A desobediência a qualquer das formalidades legais pode

conduzir à invalidade do ato. A excessiva formalidade do testamento visa assegurar a autenticidade do ato e a liberdade do testador, bem como chamar a atenção do autor para a seriedade do ato que está praticando.

[...]

O testamento é negócio *gratuito*, pois o testador não visa, em troca de sua liberdade feita *causa mortis*, a nenhuma vantagem corresponsiva.

Finalmente, o testamento é negócio *revogável*, e esse característico é elementar no seu conceito, uma vez que, pela concessão de ilimitada prerrogativa de revogar o ato de última vontade, assegura o legislador, a quem testa, a mais ampla liberdade. Assim, a mera existência de um testamento anterior, visto que o direito de dispor de seus bens *causa mortis* e de mudar as disposições passadas só se exaure com o falecimento da pessoa. (RODRIGUES, 2006b, p. 145)

Carlos Roberto Gonçalves complementa:

As principais características do testamento são:

- a) É um ato personalíssimo, privativo, do autor da herança. Não se admite a sua feitura por procurador, nem mesmo com poderes especiais. [...]
- b) Constitui negócio jurídico unilateral, isto é, aperfeiçoa-se com uma única manifestação de vontade, a do testador (declaração não receptícia de vontade), e presta-se à produção de diversos efeitos por ele desejados e tutelados na ordem jurídica. [...]
- c) É solene: só terá validade se forem observadas todas as formalidades essenciais prescritas na lei. [...]
- d) É um ato gratuito, pois não visa à obtenção de vantagens para o testador. [...]
- e) É essencialmente revogável (CC, art. 1.969), sendo inválida a cláusula que proíbe a sua revogação. A revogabilidade é da essência do testamento, não estando o testador obrigado a declinar os motivos de sua ação. [...]
- f) É, também, ato *causa mortis*: produz efeitos somente após a morte do testador. (GONÇALVES, 2007, p. 208).

Dessa forma, o testamento é o ato de última vontade do testador, entretanto somente será considerado ato jurídico se estiverem presentes todas as suas características.

Se uma pessoa falece sem ter manifestado a sua vontade em testamento é determinada a sucessão legítima, ou seja, a herança é transmitida a pessoas exclusivamente da família do *de cuius*. Conforme prescrito no artigo 1.788 do Código Civil: “Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”. (BRASIL, 2008).

É o entendimento de Maria Berenice Dias:

A sucessão legítima também é chamada de *ab intestato*, por não existir testamento. Na ausência de manifestação de vontade do falecido, seus bens são transmitidos a quem o legislador indica como herdeiro. Até se poderia chamar a sucessão legítima um testamento tácito, pois ao deixar o

de cuius de dispor sobre seus bens significa que concorda que o seu patrimônio passa às pessoas enumeradas pela lei. Com efeito, quando o titular de um patrimônio opta por não testar, o que ele faz é atribuir plena legitimidade sucessória às pessoas indicadas pelo legislador. (DIAS, 2008, p. 106).

O Código Civil restringiu a quota que o testador poderá testar, nos termos do artigo 1.789: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”. (BRASIL, 2008).

Roberto Senise Lisboa elucida:

Desse modo, os herdeiros necessários sempre terão o direito à metade disponível da herança, mesmo que o *de cuius*, em testamento, procure beneficiar terceiros, com a integralidade do acervo hereditário. Neste caso, a cláusula testamentária será reduzida, para garantia dos direitos dos herdeiros necessários. Metade disponível ou legítima é a parte equivalente a 50% do monte partível, descontadas as dívidas e as despesas de funeral. (LISBOA, 2004, p. 413).

E ainda Carlos Roberto Gonçalves:

A sucessão testamentária dá-se por disposições de última vontade. havendo herdeiros necessários (ascendentes, descendente ou cônjuge), divide-se a herança em duas partes iguais e o testador só poderá dispor livremente da metade, denominada porção disponível, para outorgá-la ao cônjuge sobrevivente, a qualquer de seus herdeiros ou mesmo estranhos, pois a outra constitui a legítima, àqueles assegurada no art. 1.846 do Código Civil. (GONÇALVES, 2007, p. 25).

Por derradeiro, comumente a sucessão hereditária seguirá as regras determinadas em lei, ou seja, aplicar-se-á a sucessão legítima, no entanto se o autor da herança houver deixado testamento, este só poderá dispor a metade da herança, salvaguardando os direitos dos herdeiros necessários.

3.2 A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

Primeiramente, é mister ressaltar que a meação e a sucessão são dois institutos diversos, uma vez que a meação depende do regime de bens do casamento, ou seja, é avaliada de acordo com o regime de bens que regulamentava o casamento, já a sucessão refere-se à herança deixada pelo *de cuius*.

Flávio Tartuce esclarece:

Note-se que, com relação aos bens comuns, marido e esposa são co-proprietários, tecnicamente chamados de comunheiros. Isso é que justamente constitui a meação. É importante dizer que a meação não surge com a morte de um dos cônjuges; ela existe durante o período em que durar o casamento. A meação é instituto de Direito de Família, já que mantém relação com o regime de bens. (TARTUCE, 2007, p. 165).

E ainda Maria Helena Diniz:

É mister, convém repetir, não confundir o direito à herança, que se reconhece ao consorte sobrevivente, com sua meação. A meação é um efeito da comunhão, sendo regida por normas alusivas ao direito de família, enquanto o direito sucessório, em regra, independe do regime matrimonial de bens. A meação constitui a parte da universalidade dos bens do casal de que é titular o consorte por direito próprio, de modo que tal meação do cônjuge sobrevivente é intangível; sendo o consorte herdeiro necessário, o *de cuius* não pode dispor de sua meação sem quaisquer restrições, pois, com isso, privaria o supérstite da herança. (DINIZ, 2008, p. 137).

Dessa forma, a meação ocorre ainda em vida e refere-se aos bens partilhados entre o casal, uma vez que são comunheiros. Todavia, a herança somente ocorre com a morte do *de cuius*, ou seja, é a sucessão após a morte e a pessoa sobrevivente passa a ser herdeiro dessa nova relação.

No que se refere à sucessão do cônjuge sobrevivente, este sucederá por inteiro quando não restarem nem ascendentes nem descendentes. O Código Civil, nos termos do artigo 1.838, determina o direito sucessório do cônjuge: “Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente”. (BRASIL, 2008).

Entretanto, somente é reconhecido o direito sucessório ao cônjuge supérstite, no termo do artigo 1.830 do Código Civil, “se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”. (BRASIL, 2008).

Flávio Tartuce esclarece os requisitos necessários para que fique caracterizado o cônjuge como herdeiro:

Assim, pelo comando legal destacado, são requisitos para que o cônjuge seja chamado à sucessão:

- a) O cônjuge não pode estar separado judicialmente nem divorciado. A separação judicial põe termo à sociedade conjugal, enquanto o divórcio põe fim ao casamento e ao vínculo que dele decorre. [...]
- b) O cônjuge não pode estar separado de fato há mais de dois anos.

A separação de fato por mais de dois anos possibilita o divórcio direto e, então, como regra, o cônjuge sobrevivente não será herdeiro. De outra forma, até mais didática, pode-se dizer que o cônjuge será herdeiro se estiver separado de fato há dois anos ou menos. (TARTUCE, 2007, p. 158).

E ainda Carlos Roberto Gonçalves:

No regime do novo Código Civil, são requisitos para o cônjuge ter direito à herança, em resumo: a) que não esteja divorciado nem separado judicialmente; b) que não esteja separado de fato há mais de dois anos do finado; ou c) que prove ter-se tornado impossível a convivência, sem culpa sua, se estiver separado de fato há mais de dois anos do falecido. (GONÇALVES, 2007, p. 163).

Com efeito, quando morrer o autor da herança, somente será reconhecido o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, se não estiver extinto a sociedade conjugal ou ainda existir vínculo matrimonial entre ambos os cônjuges.

Portanto, o cônjuge sobrevivente será herdeiro necessário da totalidade dos bens quando não existir descendentes ou ascendentes, independentemente do regime de bens do casamento.

Flávio Tartuce explica a ordem sucessória presente no artigo 1.829:

Como a sucessão legítima decorre da ordem de vocação hereditária, que presume a vontade do falecido e seu afeto quanto a certas pessoas, não faria sentido imaginar que o falecido tem mais estima por seus irmãos e sobrinhos do que por sua esposa. E, se realmente tiver maíores apreço, este não é presumido. (TARTUCE, 2007, p. 205).

O cônjuge sobrevivente, por ser presumidamente próximo do falecido, é considerado herdeiro necessário para suceder na totalidade os bens deixados pelo *de cujus*, em caso de inexistência de descendentes e ascendentes.

Porém, no que se refere ao direito sucessório do companheiro sobrevivente, o Código Civil determinou em um único dispositivo, nas disposições gerais da sucessão, nos termos do artigo 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. (BRASIL, 2008).

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira explicam:

Assim, o companheiro sobrevivente participará na sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente pelo *de cujus* na vigência da união estável, ou seja, a concorrência ocorrerá justamente quanto aos bens sobre os quais o companheiro já é meeiro. Dessa forma, se o companheiro falecido não tivesse amealhado quaisquer bens na constância da união estável, mas possuísse um enorme patrimônio anterior, o companheiro sobrevivente restará afastado da sucessão, sejam quem forem os herdeiros eventualmente existentes. (HIRONAKA; PEREIRA, 2004, p. 99).

E ainda Flávio Tartuce:

Desse modo, considerando-se a inexistência de qualquer contrato escrito entre as partes, o companheiro do falecido, por força da comunhão parcial, será dono de metade dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união e, quando do falecimento, participará também da sucessão em concorrência com os descendentes, os ascendentes e os colaterais do convivente falecido. (TARTUCE, 2007, p. 220)

Assim sendo, ficou assegurado ao companheiro sobrevivente apenas a sucessão dos bens adquiridos na constância da união estável, ou seja, aqueles bens sobre os quais já é meeiro.

O Código Civil de 2002 discriminou o companheiro sobrevivente no que se refere a direito sucessório. Carlos Roberto Gonçalves esclarece a restrição do direito à herança do companheiro sobrevivente:

Em linhas gerais, o dispositivo restringe o direito do companheiro aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável; faz distinção entre a concorrência do companheiro com filhos comuns ou só do falecido; prevê o direito apenas à metade do que couber aos que descenderam somente do autor da herança e estabelece um terço na concorrência com herdeiros de outras classes que não os descendentes do falecido; não beneficia o companheiro com quinhão mínimo na concorrência com os demais herdeiros nem o incluiu no rol dos herdeiros necessários; concorre com um terço também com os colaterais e só é chamado a recolher a totalidade da herança na falta destes. O cônjuge, porém, prefere aos parentes da linha transversal, com exclusividade. (GONÇALVES, 2007, p. 171).

Dessa forma, o companheiro concorrerá também com primos do falecido. Somente quando não existir ascendentes, descendentes e colaterais que o companheiro sobrevivente participará da sucessão na sua totalidade. Percebe-se que o companheiro somente sucederá os bens adquiridos onerosamente na vigência da união. Maria Berenice Dias discute este tratamento:

O companheiro só faz jus à integralidade da herança quando não há nenhum outro herdeiro legítimo (CC 1.790 IV). Basta a existência, por exemplo, de um único primo para a herança ser transferida a ele. A sorte é que o primo não fica com tudo. Em face do direito de concorrência, o companheiro recebe um terço da herança e dois terços ficam com o parente colateral de quarto grau (CC 1.790 III). O resultado da aplicação desta regra legal é totalmente absurda, pois gera o enriquecimento injustificado dos parentes em detrimento do companheiro. Ainda bem que a jurisprudência vem deferindo a integralidade da herança ao companheiro sobrevivente e afastando os colaterais da sucessão. (DIAS, 2008, p. 70).

Com efeito, a concorrência sucessória do cônjuge e do companheiro é bastante diferente, uma vez que o legislador adotou uma postura discriminatória com relação à união estável, dando mais ênfase ao casamento do que a união estável. Maria Berenice Dias esclarece:

Na ordem de vocação hereditária, o cônjuge figura em terceiro lugar, enquanto o companheiro, em último lugar, depois dos parentes colaterais de quarto grau. Esta diferença reflete-se no direito de concorrência. O cônjuge e o companheiro concorrem com descendentes e ascendentes, sendo que o companheiro também concorre com os parentes colaterais. Basta a existência de um tio-avô, ou de um único sobrinho-neto, ou mesmo de um primo, para eles ficarem com a maior parte. Ao companheiro resta um terço dos bens amealhados durante o período de convívio. Dois terços dos aquestos e mais os bens particulares vão para os colaterais até o quarto grau. Mas há mais. Se o falecido não tinha descendentes e ascendentes, o cônjuge recebe a totalidade do acervo sucessório. Já o companheiro só faz jus à totalidade da herança se não existir nenhum parente sucessível. (DIAS, 2008, p. 149).

E ainda Zeno Veloso:

Se o princípio da igualdade obriga a que se coloquem no mesmo plano tanto a família constituída pelo casamento quanto a que decorre da convivência pública, contínua e duradoura; se o cônjuge é herdeiro, e herdeiro necessário, concorrendo, inclusive, com descendentes e ascendentes do falecido, como se pode admitir tamanha discriminação no tratamento conferido aos companheiros? No Direito brasileiro estava assentada, pacificamente, a posição do companheiro sobrevivente similar à do cônjuge supérstite. Salvo a necessidade de alguns ajustes, não se via na doutrina pátria nenhuma objeção mais profunda sobre a forma como a matéria foi disciplinada. Não há, portanto, razão jurídica, motivo histórico, causa sociológica que justifique mudança tão intensa e radical. (VELOSO. In: DIAS; PEREIRA, 2006, p. 247).

Portanto, com base no princípio da igualdade não há razão para se distinguir as espécies de entidade familiar, uma vez que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226 reconhece ambas as entidades familiares, o casamento e a união estável.

Além do mais, não há razão para discriminação entre estas duas entidades familiares, uma vez que o companheiro adquiriu papel semelhante no contexto familiar ao do cônjuge.

Há também que se mencionar que o companheiro está presumidamente de fato muito mais próximo afetivamente do falecido do que um primo, por exemplo, que somente encontra em eventos familiares.

Por fim, Zeno Veloso conclui:

Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais. (VELOSO. In: DIAS; PEREIRA, 2006, p. 249).

Assim, não há razão para que cônjuge e companheiro estejam em classes diferentes na ordem de sucessão hereditária, uma vez que ambas as entidades familiares estão asseguradas na Constituição Federal.

Entretanto, há também requisitos para que o companheiro possa suceder como ilustra Arnaldo Wald:

Posto não esteja dito na lei, entende-se que somente tem direito hereditário o companheiro (ou companheira) quando a união estável ainda existia no momento do óbito. Caso contrário, poder-se-ia inclusive ter várias companheiras pleiteando os direitos hereditários do mesmo companheiro, por terem tido, cada uma, união estável com o *de cujus*, em fases diversas da vida da pessoa que faleceu. Embora esta condição seja lógica, teria sido adequado que o legislador a incluísse de modo explícito na lei. (WALD, 2007, p. 94).

E ainda, Roberto Senise Lisboa:

O convivente pode suceder nos bens deixados pelo outro convivente, ante a ocorrência da sua morte.

Para tanto, é indispensável que a união estável tenha durado por um período de tempo considerado razoável para fins de configuração dos seus pressupostos, a saber: a convivência pública, o relacionamento contínuo e duradouro, sem conotação de eventualidade. (LISBOA, 2004, p. 426).

Destarte, o companheiro sobrevivente apenas poderá suceder se quando da época do óbito do falecido, o casal ainda estiver vivendo em união estável, ou seja, que fique caracterizada a união estável, duradoura e pública entre o casal. Assim, não se caracteriza companheiro naquelas uniões eventuais entre o homem e

a mulher, pois é necessário que a união seja comprovada com intuito de constituir uma família.

3.3 A LEGITIMIDADE DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO E O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO

Primeiramente, o Código Civil nos termos do artigo 1.798 preleciona a regra geral da legitimidade para suceder: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. (BRASIL, 2008)

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira explicam:

Possuem legitimidade para suceder ao falecido morto *ab intestato* todos os seus herdeiros legítimos, desde que nascidos ou pelo menos concebidos até o momento da abertura da sucessão, exigindo-se a mesma situação dos herdeiros legítimos necessários do testador falecido. Com efeito, mesmo que uma pessoa não possuía quaisquer herdeiros necessários tenha feito um testamento destinando a totalidade de seu patrimônio por meio da instituição de herdeiros testamentários e/ou legatários, deve-se investigar se não houve a superveniência de um sucessor legítimo, não existente ao tempo da facção da cédula testamentária integral, ou mesmo se não há nascituro que ostente ou possa ostentar a qualidade de herdeiro necessário. (HIRONAKA; PEREIRA, 2004, p. 19).

Dessa forma, somente são legítimas para suceder as pessoas já nascidas. Entretanto, há uma exceção no caso do nascituro, que ainda não nasceu, mas já foi concebido.

Silvio Rodrigues elucidada:

A regra geral segundo a qual só têm legitimação para suceder as pessoas já existentes, vale dizer, as pessoas nascidas quando se abre a sucessão, aponta exceção para o nascituro. O Código Civil, art. 1.798, menciona, expressamente, que, além das pessoas nascidas, têm legitimação para suceder as já concebidas. (RODRIGUES, 2006b, p. 40).

O artigo 1.798 do Código Civil prevê apenas as pessoas que têm legitimidade para suceder, assim sendo não podem suceder animais, coisas inanimadas ou entidades místicas, como elucidada Carlos Roberto Gonçalves:

Como o dispositivo em apreço refere-se somente a “pessoas”, não podem ser contemplados animais, salvo indiretamente, pela imposição ao herdeiro

testamentário do encargo de cuidar de um especificamente. Também estão excluídas inanimadas e as entidades místicas, como os santos. As disposições testamentárias a estes consideram-se feitas às diversas igrejas existentes no lugar do domicílio do falecido. (GONÇALVES, 2007, p. 50).

Portanto, somente possuem legitimidade para suceder ao falecido aquelas pessoas com vida, já nascidos ou concebidas, ou seja, todos os seus herdeiros legítimos.

Os herdeiros legítimos são divididos em necessários e facultativos. Maria Berenice Dias esclarece:

Os parentes mais distantes são incluídos no rol dos herdeiros facultativos, pois podem ser privados da herança. Este é o critério que serve para dividir a sucessão legítima em necessária e facultativa. Quando o autor da herança é casado, tem descendentes ou ascendentes, necessariamente a metade de seu patrimônio a eles se destina, por isso: a sucessão necessária, pois decorre da existência de herdeiros necessários. É facultativa a sucessão quando o *de cuius*, ao morrer, vivia em união estável ou tinha somente parentes colaterais de segundo, terceiro ou quarto grau: irmãos, sobrinhos, sobrinhos-netos, tios-avós ou primos. Todos têm legitimidade para herdar, por isso sucessão legítima. Mas só herdam se o falecido não tinha herdeiros necessários, ou se destinou todo o patrimônio aos herdeiros testamentários. O testador pode afastar os herdeiros facultativos da sucessão imotivadamente ou dispondo de seus bens os contemplar (CC 1.850). (DIAS, 2008, p. 107).

Assim, “os herdeiros necessários são os sucessores dos quais não se pode retirar o direito à herança, senão em face da ação de indignidade ou de cláusula testamentária de deserdação. Os herdeiros necessários são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge supérstite”. (LISBOA, 2004, p. 412).

Dessa forma, o cônjuge sobrevivente é considerado herdeiro necessário, de acordo com o artigo 1.845 do Código Civil: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”. (BRASIL, 2008).

Flávio Tartuce elucidada:

Além da questão intrincada da concorrência sucessória criada pelo novo sistema privado, outro ponto importante a ser salientado é que o cônjuge foi alçado à condição de herdeiro necessário (art. 1.845 CC), tendo direito à legítima. Em outras palavras, deixa o cônjuge de ser herdeiro facultativo e passa a ser necessário. (TARTUCE, 2007, p. 157).

O cônjuge sobrevivente é qualificado como herdeiro necessário, e assim foi assegurada ao cônjuge sobrevivente a metade dos bens, ou seja, a quota referente à legítima.

Silvio de Salvo Venosa esclarece a posição do cônjuge como herdeiro necessário na ordem de vocação hereditária:

O cônjuge, como enfatizamos, foi colocado na posição de herdeiro necessário, juntamente com os descendentes e ascendentes (art. 1.845). Desse modo, aos herdeiros necessários pertence, de pleno direito, a metade dos bens da herança, que se denomina legítima (art. 1.846). Quando se trata de herdeiro cônjuge, nunca é demais reiterar que herança não se confunde com meação. Assim, havendo meação, além desta caberá ao sobrevivente, pelo menos, a metade da herança, dependendo da situação, que constitui a porção legítima. (VENOSA, 2003, p. 112).

Assim, de acordo com o Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais. (BRASIL, 2008).

Destarte, qualquer que seja o regime de bens do casamento, o cônjuge supérstite participará da sucessão hereditária, isso porque o cônjuge sobrevivente é o terceiro herdeiro necessário na ordem de vocação hereditária.

Já o companheiro teve seu direito resguardado apenas no artigo 1.790 do Código Civil, e por não estar no rol de herdeiros necessários do artigo 1.845 do Código Civil.

Maria Berenice Dias esclarece:

No atual Código Civil o cônjuge foi promovido à condição de herdeiro necessário (CC 1.845), mas o companheiro não. O cônjuge ocupa o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. O seu direito é garantido, faz jus à legítima, ou seja, à metade do acervo que integra a herança. Assim, quando do falecimento de um dos cônjuges, na ausência de descendentes ou ascendentes, a herança obrigatoriamente é transmitida ao sobrevivente. O companheiro da união estável não goza do mesmo privilégio. É simplesmente herdeiro legítimo e não herdeiro necessário (CC 1.790). (Dias, 2008, p. 69)

Dessa forma, o legislador discriminou a união estável, não garantindo a esta união estável o direito a legítima.

No que se refere à legitimidade para participar da sucessão testamentária, o Código Civil determina:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

II – as pessoas jurídicas;

III – as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação. (BRASIL, 2008).

Desse modo, na elaboração do testamento, o autor da herança poderá mencionar os filhos ainda não concebidos, ou seja, a prole eventual; as pessoas jurídicas de direito privado; e as fundações.

Ilustram Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira:

Além das pessoas legitimadas para participar da sucessão legítima, o legislador atribui legitimação passiva para participar de sucessão pela via testamentária (sendo instituídos como herdeiros testamentários ou mesmo como legatários) tanto às pessoas ainda não concebidas, filhas de pessoas indicadas pelo testador em suas últimas vontades, desde que estejam vivas no momento da morte do testador, como às pessoas jurídicas e, por fim, às fundações cuja criação tenha sido determinada por testamento (art. 1.799, CC). (HIRONAKA; PEREIRA, 2004, p. 21).

O Código Civil regulamentou os casos de falta de legitimação na sucessão testamentária, ou seja, as pessoas que não têm legitimação para sucederem:

Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

I – a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;

II – as testemunhas do testamento;

III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;

IV – o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento. (BRASIL, 2008).

Carlos Roberto Gonçalves explica este dispositivo:

O dispositivo reporta-se à incapacidade testamentária passiva de pessoas – quer sejam herdeiros, quer legatários – que não podem adquirir por testamento, por serem consideradas suspeitas. Exceto o caso do concubino, em que há o propósito de proteger a família, as proibições inspiram-se em questão de segurança, objetivando evitar que tais pessoas se vejam tentadas a abusar da confiança nelas depositada e procurem alterar a vontade do testador para obter algum benefício para si ou seus parentes, ou, ainda, para o cônjuge ou companheiro. (GONÇALVES, 2007, p. 62).

Destarte, o rol de pessoas do artigo 1.801 do Código Civil, que não podem ser nomeadas herdeiros nem legatários por serem consideradas suspeitas,

têm como finalidade proteger o testado, uma vez que estas pessoas podem abusar da confiança para obter algum benefício próprio.

Ainda, ressalta-se que há assegurado o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente. O direito real de habitação é uma das espécies de direito real sobre coisa alheia de gozo ou de fruição, é a segurança jurídica do direito à moradia.

Douglas Phillips Freitas elucida o Direito Real de Habitação:

Trata-se de benefício patrimonial de manifesto cunho social e humanitário, por garantir moradia a quem, eventualmente, não disponha de recursos para estabelecer em outro local. Afinal, a Constituição Federal, em seu artigo 6º, consagra a moradia como um dos relevantes direitos sociais da pessoa humana. (FREITAS, 2006, p. 30).

E ainda, Flávio Tartuce esclarece:

O titular do direito real de habitação pode morar gratuitamente em um imóvel que não lhe pertence. Trata-se de um direito de gozo sobre o imóvel alheio bastante limitado. Isso porque somente seu titular poderá residir no imóvel, não podendo alugá-lo nem emprestá-lo a terceiro. Quando se diz que o titular residirá gratuitamente, isso quer dizer que o dono do imóvel não receberá qualquer remuneração, ou seja, não poderá cobrar do titular do direito de habitação qualquer espécie de aluguel ou outra forma de remuneração. (TARTUCE, 2007, p. 206).

Assim, o direito real de habitação é uma forma de assegurar a moradia ao cônjuge supérstite, uma vez que somente existia um imóvel a inventariar. Dessa forma, se não houvesse essa garantia assegurada, o cônjuge sobrevivente ficaria desamparado. É uma maneira de garantir que o cônjuge sobrevivente tenha um lar íntegro e apropriado para residir.

Entretanto, para exercer o direito real de habitação é necessário ser o único imóvel do *de cuius* a inventariar. O Código Civil determina o direito real de habitação nos parâmetros do direito sucessório, uma vez que assegura ao cônjuge sobrevivente a moradia relativa ao imóvel destinado à residência da família nos termos do artigo 1.831: “Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”. (BRASIL, 2008).

Sérgio Iglesias Nunes de Souza esclarece este requisito:

Nota-se que é requisito para o exercício desse direito real de habitação que não haja outros bens da mesma natureza a inventariar, ou seja, bens com

destinação à moradia, observando-se que a causa de existência desse direito real de habitação é o exercício do direito à moradia, evitando que o sobrevivente que sem um lar digno e adequado. (SOUZA, 2004, p. 98).

E ainda Maria Helena Diniz:

Sucessão no direito real de habitação (CC, art. 1.831) do imóvel destinado a residência, se este for o único do gênero a inventariar, qualquer que seja o regime de bens e sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança na qualidade de herdeiro ou legatário. (DINIZ, 2008, p. 136).

Por conseguinte, essa garantia somente será caracterizada se não existir outros bens da mesma natureza a inventariar, ou seja, se somente existir um único bem destinado à moradia. Entretanto, o direito real de habitação tem o início de seu exercício “a partir da ocupação de fato do imóvel, para fins de utilização própria de sua morada ou vivenda”. (SOUZA, 2004, p. 98).

O direito real de habitação somente se extingue com a morte do habitador, por ser um direito personalíssimo. Arnoldo Wald explica:

O direito de habitação extingue-se pela morte do habitador, em virtude da finalidade personalíssima do instituto, que levou a doutrina a aproximá-lo dos alimentos, declarando que seguia “a natureza das pensões alimentares”. (WALD, 2002, p. 231).

Dessa forma, percebe-se que não há regra específica para a extinção do direito real de habitação do cônjuge sobrevivente.

Para a doutrina, “o direito real de habitação grava imóvel enquanto viver o cônjuge sobrevivente, não restringindo o legislador sua duração ao período da viuvez”. Por conseguinte, o cônjuge sobrevivente poderá casar-se novamente sem restrição ao direito real de habitação. (GOMES, 2004, p. 65).

E ainda, de acordo com o enunciado n.º 271 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “O cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação, nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança”.

Destarte, o direito real de habitação é uma garantia que o cônjuge sobrevivente de continuar na posse do bem que servia de moradia à família.

O Código Civil de 2002 não contém regra expressa a respeito do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente. Entretanto, não há que se falar em afastar este direito ao companheiro sobrevivente pelo simples fato de a legislação não o ter assegurado. Maria Berenice Dias explica:

O Código Civil garante ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação independentemente do regime de bens do casamento (CC 1.831). Porém, olvidou-se de reconhecer o mesmo benefício ao companheiro sobrevivente. O cochilo da lei, no entanto, não permite que se afaste o direito real do companheiro de continuar na posse do bem que servia de residência à família. (DIAS, 2008, p. 72).

Nesse sentido, prevê o Enunciado CJF 117, aprovado na I Jornada de Direito Civil, que: “Art. 1831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88”.

Dessa forma, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul adotou este posicionamento:

Tem-se entendido que apesar de o Código Civil/02 (art. 1.831), nas expressões “*cônjuge sobrevivente*”, não conferir expressamente o direito de habitação àquele que viver em união estável, tal direito subsiste no ordenamento jurídico, assegurado pela Lei nº. 9.278/96 (art. 7º, § único), porquanto não há incompatibilidade entre ambas as legislações, tanto que a CF, para determinados fins, equiparou o casamento à união estável. (PORTO ALEGRE, Apelação Cível n. 70019828201).

Do mesmo modo, o direito real de habitação ao cônjuge supérstite estende-se ao companheiro sobrevivente. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina também segue esse posicionamento:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - OBJETO DO RECURSO - ACERTO OU DESACERTO DO DECISUM IMPUGNADO - DISCUSSÃO DE MATÉRIAS NÃO DECIDIDAS NO JUÍZO A QUO - INADMISSIBILIDADE

O objeto do agravo de instrumento está restrito ao acerto ou desacerto do decisum impugnado, sendo vedada a discussão de matérias não decididas no Juízo a quo, à exceção daquelas que tenham natureza jurídica de ordem pública, sob pena de supressão de instância.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - UNIÃO ESTÁVEL - DIREITO REAL DE HABITAÇÃO - APLICAÇÃO DO ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.278/96 - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - MEDIDA LIMINAR - AUSÊNCIA DE REQUISITOS LEGAIS DO ART. 927 DO CPC - INDEFERIMENTO DO PEDIDO - AGRAVO DESPROVIDO

O art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96, que regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, assegura ao convivente supérstite da união estável, ainda que o reconhecimento dessa relação esteja sub judice, direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da entidade familiar, sem prejuízo do direito sucessório dos herdeiros.

É do autor o ônus de provar sua posse, o esbulho praticado pelo réu, a data da moléstia e, em razão desta, a perda da posse; do contrário, ausente qualquer dos requisitos engastados no art. 927 do CPC, impõe-se o indeferimento do pedido de medida liminar, mormente porque o exame das provas não pode e nem deve ser aprofundado no âmbito estreito do

agravo de instrumento, cujo objeto adstringe-se ao acerto ou desacerto da decisão increpada. (FLORIANÓPOLIS, Agravo de Instrumento n. 2002.012455-4)

Assim, o mesmo direito real de habitação concedido ao cônjuge supérstite estende-se ao companheiro sobrevivente, justamente pela impossibilidade de tratamento desigual a entidades familiares constitucionalmente reconhecidas, bem como em respeito ao direito de moradia previsto no art. 6º da CF/88.

Verificadas as principais regras relativas ao direito sucessório no Código Civil de 2002 relativamente ao cônjuge e ao companheiro, no próximo capítulo abordaremos as regras de direito sucessório em casos que envolvam união entre pessoas do mesmo sexo, objeto principal deste trabalho.

4 A APLICAÇÃO DAS REGRAS DO DIREITO SUCESSÓRIO ÀS UNIÕES COMPOSTAS POR PESSOAS DO MESMO SEXO

4.1 UNIÃO HOMOAFETIVA: OUTRA ESPÉCIE DE FAMÍLIA?

Como estudado anteriormente, as uniões entre pessoas do mesmo sexo são uma realidade e o Poder Judiciário recebe casos acerca da discussão das uniões homoafetivas serem consideradas ou não entidades familiares. Entretanto, independentemente de qual espécie familiar se encontram essas uniões, cabe ao Poder Judiciário resguardar a tutela necessária às novas concepções de famílias.

Não há motivo para não assegurar a entidade familiar formada por duas pessoas do mesmo sexo. Como já estudado anteriormente, o Brasil é um Estado Democrático de Direito que tem como alicerces os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. Dessa forma, todas as pessoas que compõem relacionamento com outra do mesmo sexo têm direito à vida digna e à igualdade perante a lei. Assim sendo, as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo devem também ser alcançadas por esses princípios.

Patrícia Fontanella explicita:

Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana decorre diretamente a proteção da orientação sexual, a ser respeitada a partir do reconhecimento da diversidade de indivíduos e pluralidade de expressões. No Estado Democrático de Direito as diferenças devem ser respeitadas e as desigualdades sociais eliminadas, a fim de que as promessas formuladas como mandamento constitucional sejam efetivadas nos níveis normativos inferiores. (FONTANELLA, 2006, p. 119).

Pelo até aqui pesquisado, percebe-se que, para o Direito de Família atual, o reconhecimento do afeto entre as relações familiares é mais importante que tradições impostas pela sociedade.

Assim, com a enorme mudança no conceito de família, que pressupõe a afetividade entre as relações para caracterização da “Família”, é imprescindível que se reconheça relacionamentos homossexuais consolidados pelo laço da afetividade com natureza jurídica familiar. Maria Berenice Dias esclarece:

Impondo a Constituição Federal respeito à dignidade humana, são alvo de proteção os relacionamentos afetivos independentemente da identificação do sexo do par: se formados por homens e mulheres ou só por mulheres ou só por homens. Ainda que, quase intuitivamente, se conceitue a família como uma relação interpessoal entre um homem e uma mulher, tendo por case o afeto, necessário reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, são cunhados também por um elo de afetividade. (DIAS. In: FREITAS (Coord.), 2005, p. 272).

A Constituição Federal estabeleceu a distinção dos sexos como pressuposto para a caracterização da união estável. Uma exigência discriminatória, pois bastaria abster-se para que fosse reconhecida a união entre pessoas do mesmo sexo. Além do mais, a Constituição Federal reconheceu como entidade familiar a família monoparental, àquela formada por um dos pais e seus descendentes. Assim, a partir dessa abertura conceitual, nem o matrimônio, nem a diferenciação dos sexos ou a capacidade procriativa servem de elemento identificador da família. (DIAS, 2008).

Maria Berenice Dias explica a omissão discriminatória do Estado em não caracterizar a união homoafetiva como um tipo de entidade familiar:

Inda que haja certa resistência em reconhecer como não-escrita a restrição do indigitado dispositivo, não há como deixar de estender a proteção estatal às relações homossexuais. Subtrair juridicidade a um fato social implica deixar o indivíduo à margem da própria cidadania, o que não se comporta no âmbito do estado Democrático de Direito. O silêncio constitucional e a omissão legiferante não podem levar à negativa de se extraírem efeitos jurídicos de tais vínculos, devendo o juiz fazer uso da analogia, atendendo à determinação constante do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. (DIAS apud FONTANELLA, 2006, p. 104).

Duas pessoas do mesmo sexo ligadas por um vínculo afetivo e que mantêm uma relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, formariam uma entidade familiar equiparada à união estável entre um homem e uma mulher.

Para Patrícia Fontanella:

A propósito, as uniões entre pessoas do mesmo sexo pautadas pelo amor, respeito e comunhão de vida preenchem os requisitos previstos na Constituição Federal em vigor, quanto ao reconhecimento de entidade familiar, na medida em que consagrou a afetividade como valor jurídico. (FONTANELLA, 2006, p. 83).

Assim, é por meio dos laços de afeto que se caracteriza uma entidade familiar. Dessa forma, Taísa Ribeiro Fernandes ensina:

Se, na busca da felicidade, num projeto de vida comum, duas pessoas do mesmo sexo se juntam e se unem, numa comunidade afetiva, com os mesmos laços e compromissos, com os mesmos sonhos e esperanças que também motivam as de sexo diferente, não há razão ou motivo para que se deixe de reconhecer que o casal homossexual, naquela relação amorosa, forma, igualmente, uma família. (FERNANDES, 2004, p 49).

Por conseguinte, a união homoafetiva também deve ser considerada como uma entidade familiar, como explica Maria Berenice Dias:

Não há como fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável. O óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso dessa forma integrativa de um fato existente e não regulamentado no sistema jurídico. A identidade sexual não serve de justificativa para que seja buscado qualquer outro ramo do direito que não o direito de família. (DIAS, 2007, p. 191).

E ainda Taísa Ribeiro Fernandes:

Se duas pessoas do mesmo sexo vivem juntas, numa relação qualificada pelo afeto, com os mais sérios objetivos de mutuamente se assistirem, dividindo os bons e maus momentos da existência, apresentando os mesmos requisitos da união estável entre o homem e a mulher – notoriedade, publicidade, durabilidade e o intuito de constituição de família -, não há como deixar de conferir efeitos a esse convívio, semelhantes aos das demais entidades familiares. (FERNANDES, 2004, p. 153).

Além do mais, como na união estável entre um homem e uma mulher, nas relações afetivas entre duas pessoas do mesmo sexo também existem os elementos essenciais para que seja caracterizada a união homoafetiva como uma entidade familiar, a convivência pública, contínua e duradoura. Taísa Ribeiro Fernandes explica:

Os requisitos objetivos e subjetivos, o conteúdo mínimo, caracterizados de uma entidade familiar. São eles: a convivência pública, contínua e duradoura, lealdade, assistência moral e material, respeito, comunhão de vida, e tudo isso envolvido pelos laços do amor e da solidariedade, pelo propósito de percorrer juntos e unidos os caminhos da existência. Essa postura, conduta, adotada pelos casais, sejam eles de sexo diferente ou não, tem como objetivo a constituição de uma família. (FERNANDES, 2004, p. 80).

E ainda, salienta Maria Berenice Dias:

Não demorou para a justiça abandonar a analogia e reconhecer as uniões homoafetivas como união estável. Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, formam um núcleo familiar à semelhança do casamento,

independentemente do sexo a que pertencem. Mister identificá-la como união estável. (DIAS, 2008, p. 79).

Não há como não caracterizar como entidade familiar a união pública, contínua e duradoura entre duas pessoas do mesmo sexo, as quais têm um relacionamento baseado no afeto pelo simples fato da inexistência da diversidade dos sexos.

Por fim, o Estatuto das Famílias, em sua exposição de motivos, projeto de lei n.º 2285/2007, explica o reconhecimento das famílias homoafetivas:

O estágio cultural que a sociedade brasileira vive, na atualidade, encaminha-se para o pleno reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. A norma do art. 226 da Constituição é de inclusão – diferentemente das normas de exclusão das Constituições pré-1988 –, abrigando generosamente os arranjos familiares existentes na sociedade, ainda que diferentes do modelo matrimonial. A explicitação do casamento, da união estável e da família monoparental não exclui as demais que se constituem como comunhão de vida afetiva, com finalidade de família, de modo público e contínuo. Em momento algum a Constituição veda o relacionamento de pessoas do mesmo sexo. (ESTATUTO..., 2007).

Percebe-se que não é qualquer relacionamento eventual entre duas pessoas do mesmo sexo que será reconhecido como uma entidade familiar. É imprescindível que sejam observados os requisitos essenciais para a caracterização da união homoafetiva, ou seja, é necessário que seja um relacionamento público e notório com o intuito de compartilhar suas vidas.

4.2 HÁ POSSIBILIDADE DE SE APLICAR AS REGRAS DE DIREITO SUCESSÓRIO DOS COMPANHEIROS PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS?

Após todo o estudo até então, há que se fazer esta pergunta: há a possibilidade de se aplicar as regras de direito sucessório dos companheiros previstas no Código Civil nos casos de união formada entre duas pessoas do mesmo sexo?

De acordo com o princípio da igualdade, previsto na Constituição Federal, independentemente da orientação sexual do indivíduo, todos devem ter o mesmo tratamento jurídico, como explica Roger Raupp Rios:

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. A igualdade formal estabelece uma interdição para a diferenciação de tratamento: as desigualdades só poderão ser toleradas se fundadas em motivos racionais, em indagação que, por ser pertinente à dimensão material do princípio da igualdade, ultrapassa o âmbito da igualdade formal. (RIOS, 2002. p. 129).

Dessa forma, de acordo com o princípio da igualdade, todos têm direito a uma tutela jurisdicional independentemente da sua orientação sexual. Não há explicação para a discriminação do reconhecimento dos casais formados por pessoas do mesmo sexo.

Assim, a inclusão dos direitos dos homossexuais como garantias individuais ainda não são assegurados pelo sistema jurídico brasileiro, como bem aclara Maria Berenice Dias:

O direito à homoafetividade, além de estar amparado pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, também se alberga sob o teto da liberdade de expressão. Como garantia do exercício da liberdade individual, igualmente cabe ser incluído entre os direitos de personalidade, precipuamente no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica. Acresce ainda lembrar que a segurança da inviolabilidade da intimidade e da vida privada é a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual, como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana. (DIAS. In: FREITAS (Coord.), 2005, p. 271).

A discriminação baseada na orientação sexual configura desrespeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, uma vez que Constituição Federal prevê que todos são iguais perante a lei. Tamanha discriminação com relação às pessoas homossexuais faz com que a justiça não resguarde a devida tutela requerida por essas pessoas.

Maria Berenice Dias esclarece:

Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que fortalece estigmas sociais que acabam por causar sentimento de rejeição e sofrimentos. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da possibilidade sexual, significa dispensar tratamento, indigno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida. Inclui-se a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. (DIAS. In: FREITAS (Coord.), 2005, p. 271).

Não cabe ao papel do juiz julgar se é correto ou não determinado tipo de relacionamento afetivo, mas sim se ater a resolução do problema lhe imposto. Não convém ao juiz decidir as opções que as pessoas devem tomar com relação as suas vidas particulares e seus relacionamentos afetivos. Maria Berenice Dias aclara:

Nada justifica, por exemplo, deferir uma herança a parentes distantes em prejuízo de quem muitas vezes dedicou uma vida a outrem e participou da formação do acervo patrimonial. Descabe ao juiz julgar as opções de vida das partes. Deve-se cingir à apreciação das questões que lhe são impostas, centrando-se exclusivamente na apuração dos fatos para encontrar uma solução que não se afaste de um resultado justo. As uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao judiciário solver os conflitos trazidos. Incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de feitos, relegando à marginalidade determinadas relações sociais, pois a mais cruel consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças. (DIAS. In: FREITAS (Coord.), 2005, p. 273).

Muitas vezes os parentes das pessoas que constituíram uma família homoafetiva não concordam com aquele relacionamento, e a herança é deferida justamente àqueles parentes em prejuízo daquele companheiro que compartilhou a vida com o *de cuius* e ajudou a construir o referido patrimônio.

Se a união entre duas pessoas do mesmo sexo estiver alicerçada no afeto, num relacionamento semelhante à união de um homem e uma mulher, essa também configura uma entidade familiar, não sendo motivo para não agregar também como conceito de família. Taísa Ribeiro Fernandes explica essa discriminação entre parceiros homossexuais:

Ainda que a ligação deles não seja a união estável regulada pelo legislador, entretanto, se estiver qualificada pelo afeto e ostentando os parceiros uma convivência *more uxório*, pública, contínua e duradoura, numa situação semelhante a dos pares heterossexuais, mesmo que o relacionamento íntimo daqueles venha a receber outra denominação – união de fato homossexual, parceria homossexual, união homoafetiva etc. - , o importante e essencial é que não recebam um tratamento preconceituoso, discriminatório, excludente, mas, ao contrário, que sejam tratados de forma equivalente, até pelo princípio da igualdade e o que proíbe qualquer discriminação em razão de sexo (o que compreende a orientação sexual), sem esquecer o que protege e enaltece a dignidade humana, abarcando este último todos os direitos fundamentais do indivíduo. (FERNANDES, 2004, p. 155).

Além do mais, no entendimento de Maria Berenice Dias (2008), se na união homossexual estiverem presentes os mesmos requisitos necessários para a

configuração da união estável entre um homem e uma mulher, quais sejam, vida em comum, coabitação, laços afetivos, não há como deixar de conceder às uniões homossexuais os mesmos direitos deferidos às relações heterossexuais.

A inexistência de regulamento jurídico das uniões homoafetivas não impede que o caso seja julgado de maneira análoga de acordo com os princípios e costumes as regras da união estável entre um homem e uma mulher, como explica Maria Berenice Dias:

O fato de não haver regra legal a regular alguma situação posta em julgamento não significa inexistência de direito à tutela jurídica. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos. A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar a prestação jurisdicional ou de motivo para deixar de reconhecer a existência de direito. O silêncio do legislador precisa ser suprido pelo juiz, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Na omissão legal, deve o juiz se socorrer da analogia, dos costumes e princípios gerais de direito. (DIAS. In: FREITAS (Coord.), 2005, p. 276).

E ainda, Taísa Ribeiro Fernandes completa:

Diante da omissão legal, insistimos nisso, é necessário e justo que sejam aplicados, analogicamente, os mesmo regramentos conferidos às uniões estáveis, ou seja, as normas relativas às entidades familiares heterossexuais devem ser estendidas às famílias (dissemos famílias, sim!) homossexuais.

Embora o ordenamento jurídico apresente lacunas evidenciadas pelo descompasso entre a atividade legislativa e as transformações e avanços da sociedade, cabe ao Judiciário, ante as controvérsias que se lhe apresentam, integrar o Direito à realidade social, fundamentando as decisões nos preceitos da Carta Magna e nos Princípios Gerais de Direito. Espera-se, pois, dos julgadores, uma solução sistemática, progressiva, humana e democrática. (FERNANDES, 2004, p. 83).

O projeto de lei n.º 2285/2006, o Estatuto das Famílias reconhece como uma entidade familiar as uniões homoafetivas e, assim, a aplicação por analogia das regras da união estável:

Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se:

- I – guarda e convivência com os filhos;
- II – a adoção de filhos;
- III – direito previdenciário;
- IV – direito à herança.

Dessa forma, a mudança está acontecendo às avessas, uma vez que são uniões dignas de tutela que estão buscando seus direitos. Assim, cabe aos cidadãos recorrer ao Poder Judiciário para pleitear direitos e deveres oriundos das uniões formadas entre pessoas do mesmo sexo, notadamente em se tratando de sucessão.

No próximo tópico serão analisadas decisões dos Tribunais de Justiça do país com relação à união entre duas pessoas do mesmo sexo e a concessão ou não de direitos na esfera sucessória.

4.3 TÓPICOS EM JURISPRUDÊNCIA

Diante do estudo feito até aqui, constatou-se que o Direito de Família atual está baseado no afeto, ou seja, hoje em dia as entidades familiares são calcadas nas relações afetivas. Além do afeto, o Direito de Família Brasileiro está fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade com intuito de atender as mudanças ocorridas no conceito de família.

É importante frisar que não há como se negar o caráter de entidade familiar de maneira análoga as uniões homoafetivas que possuam em seu bojo as características da união estável, quais sejam: a existência de um lar respeitável e duradouro; cumprimento dos deveres de lealdade, fidelidade e assistência recíproca; e comunhão de afetos, vidas e interesses.

Da pesquisa efetuada, percebe-se que não há uniformidade jurisprudencial sobre o tema. A maioria das decisões é proveniente do pioneirismo dos acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Porém, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo lentamente sobre esse assunto.

A primeira decisão a ser destacada é relatada pela Desembargadora Maria Berenice Dias no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na qual, aplicando a analogia, reconheceu efeitos de união estável a um relacionamento afetivo entre dois homens. A seguir o teor da ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A

homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (PORTO ALEGRE, Apelação Cível n. 70009550070).

Assim, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reconheceu o afeto como caracterizador da entidade familiar, aplicando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. A ausência de normas regulamentadoras de regras as uniões homossexuais não pode servir de molde para que não seja dada a devida tutela a essas uniões que envolvidas pelo amor, cumplicidade e companheirismo constituíram uma família de maneira análoga as regras da união estável.

O reconhecimento das uniões homossexuais como entidade familiar, regulada pelas normas da união estável, gera reflexos nas questões patrimoniais dos companheiros. Dessa forma, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aplicou às regras da união estável à partilha de bens entre companheiros do mesmo sexo:

RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas. (PORTO ALEGRE, Apelação Cível n. 70005488812).

Da mesma forma que os companheiros da união estável, os companheiros da união homoafetiva construíram uma família. Assim, nada mais coerente que no momento do rompimento da união homoafetiva também fosse aplicada a analogia e os princípios constitucionais de direito de família para aplicar o regime de bens da união estável e assim ocorrer a partilha dos bens adquiridos na constância da união.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, aplicando o princípio da igualdade reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e proferiu acórdão deferindo a competência das varas especializadas da família para julgar a separação de sociedade de fato formada por duas pessoas do mesmo sexo:

RELACOES HOMOSSEXUAIS. COMPETENCIA DA VARA DE FAMILIA PARA JULGAMENTO DE SEPARACAO EM SOCIEDADE DE FATO. A COMPETENCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARACAO DE SOCIEDADE DE FATO DE CASAS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO, E DAS VARAS DE FAMILIA, CONFORME PRECEDENTES DESTA CAMARA, POR NAO SER POSSIVEL QUALQUER DISCRIMINACAO POR SE TRATAR DE UNIAO ENTRE HOMOSSEXUAIS, POIS E CERTO QUE A CONSTITUICAO FEDERAL, CONSAGRANDO PRINCIPIOS DEMOCRATICOS DE DIREITO, PROIBE DISCRIMINACAO DE QUALQUER ESPECIE, PRINCIPALMENTE QUANTO A OPCAO SEXUAL, SENDO INCABIVEL, ASSIM, QUANTO A SOCIEDADE DE FATO HOMOSSEXUAL. CONFLITO DE COMPETENCIA ACOLHIDO. (PORTO ALEGRE, Apelação Cível n. 70000992156).

Não é justificável que a vara especializada da família não seja competente para realizar decisões de casos de uniões entre pessoas do mesmo sexo pelo simples fato da união homoafetiva não ser reconhecida pelo ordenamento jurídico. Isso porque, conforme já explanado ao longo do trabalho, as uniões homoafetivas também são formadas com base no amor, com intuito de constituírem uma família, não podendo essas uniões serem consideradas sociedades de fato.

Conseqüentemente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como pioneiro nos assuntos que se refere à união entre pessoas do mesmo sexo, reconheceu o afeto como caracterizador da entidade familiar a união formada entre duas pessoas do mesmo sexo:

RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. Mantém-se o reconhecimento proferido na sentença da união estável entre as partes, homossexuais, se extrai da prova contida nos autos, forma cristalina, que entre as litigantes existiu por quase dez anos forte relação de afeto com sentimentos e envoltimentos emocionais, numa convivência more uxoria, pública e notória, com comunhão de vida e mútua assistência

econômica, sendo a partilha dos bens mera consequência. Exclui-se da partilha, contudo, os valores provenientes do FGTS da ré utilizados para a compra do imóvel, vez que "frutos civis", e, portanto, comunicáveis. Precedentes. Preliminar de não conhecimento do apelo rejeitada. Apelação parcialmente provida, por maioria. (PORTO ALEGRE, Apelação Cível n. 70007243140).

A união que existia na relação homossexual entre as duas mulheres configura analogicamente uma união estável, pois eram presentes os requisitos para sua configuração, tais como a convivência pública e notória com comunhão de vida e mútua assistência.

Com relação ao direito sucessório, ainda não há muitos julgados sobre a aplicação das regras do companheiro sobrevivente a união homoafetiva. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconhece que o companheiro sobrevivente que está na posse dos bens da herança é legítimo para propor a ação de abertura do inventário, somente determinando que seja citado possível herdeiro necessário:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. INVENTÁRIO PROPOSTO POR SEDIZENTE COMPANHEIRO DO FALECIDO. NECESSIDADE DE CITAÇÃO DO HERDEIRO NECESSÁRIO, A QUEM INCUMBE CONTESTAR A ALEGADA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. 1. Somente cabe remeter a questão da união estável às vias ordinárias se a questão se tornar controvertida, em face da manifestação dos herdeiros. Em princípio, verificado que o sedizente companheiro está na posse dos bens da herança – o que lhe confere legitimidade para propor a abertura do inventário – cumpre dar prosseguimento ao feito, determinando-se a citação do herdeiro necessário. 2. A apreciação de pedido de alvará para saque de benefício previdenciário não recebido em vida pelo *de cujus* compete primeiro ao juízo de primeiro grau, para evitar supressão de instância. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME. (PORTO ALEGRE, Agravo de Instrumento n. 70018266874).

Somente se existir herdeiro necessário, este seria legítimo para contestar a união estável homoafetiva, assim não existindo óbice a configuração da união homoafetiva, o companheiro sobrevivente da relação homossexual seria legítimo para abrir ação de inventário como o companheiro da união estável.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ainda reconheceu ao companheiro sobrevivente da relação homoafetiva o direito de ser o inventariante, ou seja, o responsável pelo espólio do autor da herança:

SUCESSÕES. INVENTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNIÃO HOMOAFETIVA. NOMEAÇÃO DO SEDIZENTE COMPANHEIRO COMO INVENTARIANTE. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. Ainda que a alegada união homoafetiva mantida entre o recorrente e o de cujus dependa do reconhecimento na via própria, ante a discordância da herdeira ascendente, o sedizente companheiro pode ser nomeado inventariante por

se encontrar na posse e administração consentida dos bens inventariados, além de gozar de boa reputação e confiança entre os diretamente interessados na sucessão. Deve-se ter presente que inventariante é a pessoa física a quem é atribuído o múnus de representar o Espólio, zelar pelos bens que o compõem, administrá-lo e praticar todos os atos processuais necessários para que o inventário se ultime, em atenção também ao interesse público. Tarefa que, pelos indícios colhidos, será mais eficientemente exercida pelo recorrente. Consagrado o entendimento segundo o qual a ordem legal de nomeação do inventariante (art. 990, CPC) pode ser relativizada quando assim o exigir o caso concreto. Ausência de risco de dilapidação do patrimônio inventariado. RECURSO PROVIDO (ART. 557, §1º-A, CPC). (PORTO ALEGRE, Agravo de Instrumento n. 70022651475).

Configurada a existência de união homoafetiva entre as partes se faz necessário conceder o direito de ser inventariante ao companheiro sobrevivente, uma vez que o mesmo que participou da vida prática do *de cuius*, ou seja, o companheiro sobrevivente encontra-se na posse e administração dos bens a inventariar.

Não obstante, apesar de o Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul ter sido o pioneiro a proporcionar a tutela dos direitos às relações homossexuais, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é apenas no sentido de reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como uma sociedade de fato:

RECURSO ESPECIAL. RELACIONAMENTO MANTIDO ENTRE HOMOSSEXUAIS. SOCIEDADE DE FATO. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE. PARTILHA DE BENS. PROVA. ESFORÇO COMUM. Entende a jurisprudência desta Corte que a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 648763).

Saliente-se que uma relação baseada no afeto com intuito de constituir uma família não pode ser equiparada a uma sociedade de fato em que as partes são sócias em um negócio. Uma união, mesmo que homossexual baseada nos vínculos de amor e afeto com comunhão de vida e também de bens configura uma entidade familiar.

No mais, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu direito previdenciário quando deferiu a pensão por morte ao companheiro sobrevivente da união homoafetiva:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA.

[...]

3 - A pensão por morte é: "o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido - a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes. "(Rocha, Daniel Machado da, Comentários à lei de benefícios da previdência social/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p.251).

4 - Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise.

5 - Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva.

6- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico: "Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: [...] V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º."

7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito.

8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia erga omnes. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento

9 - Recurso Especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 395904).

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como outra espécie de família, e assim deferiu benefício previdenciário após a morte ao companheiro sobrevivente da união homoafetiva.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina também tem ainda um posicionamento bastante controverso acerca do tema em questão: a Terceira Câmara de Direito Civil não reconhece a união homoafetiva como entidade familiar:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. LEGISLAÇÃO EM VIGOR QUE NÃO AMPARA TAL PRETENSÃO. ART. 226, § 3º, CF, LEI 9.278/96 E ART. 1.723 DO CC. NORMAS QUE EXPRESSAMENTE ESTABELECEM COMO UM DOS REQUISITOS AO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL A DIVERSIDADE DE SEXOS. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO.

"O relacionamento homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo não pode ser reconhecido como união estável, a ponto de merecer a proteção do Estado, porquanto o § 3º do art. 226 da Carta Magna e o art. 1.723 do Código Civil somente reconhece como entidade familiar aquela constituída entre homem e mulher." (FLORIANÓPOLIS, Apelação Cível n. 2006.016597-1).

Entretanto, no mesmo ano, a mesma Câmara de Direito Civil reconheceu a união homoafetiva como uma entidade familiar:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. 1. AÇÃO NOMINADA DE SOCIEDADE DE FATO. IRRELEVÂNCIA. FUNDAMENTO DA PRETENSÃO CENTRADO NA UNIÃO HOMOAFETIVA. PLEITO DE MEAÇÃO. 2. ENTIDADE FAMILIAR. RELAÇÃO FUNDADA NA AFETIVIDADE. 3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. 4. POSSÍVEL ANALOGIA COM A UNIÃO ESTÁVEL. 5. COMPETÊNCIA DA VARA DA FAMÍLIA. ACOLHIMENTO DO CONFLITO.

1. "O *nomem iuris* conferido à petição, desde que adaptável ao procedimento legal, não implica em inadequação do meio processual" (TJSC, Apelação cível n. 2003.020538-1, da Capital, rel. Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA, j. em 09.12.2003).

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. (FLORIANÓPOLIS, Conflito de Competência n. 2008.030289-8).

O reconhecimento de direitos as uniões homoafetivas no Tribunal de Justiça de Santa Catarina está acontecendo aos poucos, pois ainda não concedeu direitos sucessórios a essas uniões, porque apenas reconhece a divisão patrimonial à luz das regras da sociedade de fato e, assim, a aplicação do direito das obrigações, sem falar em sucessão hereditária:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PEDIDO DE PENSÃO POR MORTE E MEAÇÃO DE BENS - UNIÃO HOMOAFETIVA - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - DIVISÃO DO PATRIMÔNIO COMUM - DIREITO DAS OBRIGAÇÕES - COMPETÊNCIA PARA APRECIAR O PEDIDO DA VARA CÍVEL - DECISÃO CASSADA - REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO - RECURSO PROVIDO.

"A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações [...] Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts. 1º e 9º da Lei n. 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família" (STJ, Min. Fernando Gonçalves). (FLORIANÓPOLIS, Apelação Cível n. 2007.024239-3).

A justiça aos poucos está reconhecendo a união entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar e dando a elas a tutela jurisdicional devida.

É inegável que as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo, atualmente chamadas de uniões homoafetivas, são outra espécie de entidade familiar. Essas uniões são comparadas à união estável, pois têm presentes os requisitos para sua configuração, quais sejam: a existência de um lar respeitável e duradouro; o cumprimento dos deveres de lealdade, fidelidade e a assistência recíproca; e a comunhão de afetos, vidas e interesses.

Além de essas uniões construírem uma família, também adquirem, com esforço comum, bens durante a constância da união.

Aplicando os princípios constitucionais ao direito de família, os pares homossexuais são iguais perante a lei, têm direito a uma vida digna e são livres para conduzirem suas vidas. Assim sendo, essas uniões também são dignas de tutela jurisdicional, mesmo ainda não existindo normas regulamentadores específicas a essas uniões.

Os seres humanos mudam e as relações entre as pessoas evoluem com muito mais rapidez do que a lei é criada para reger a vida, estabelecer regras de

conduta, e assim satisfazer os interesses da sociedade. Destarte, é imprescindível que o Poder Judiciário, por meio dos operadores do Direito, preste a devida tutela jurisdicional a uniões homoafetivas, que enlaçadas pelo afeto, assumem a feição de uma entidade familiar.

Por fim, uma vez caracterizada a união estável entre pares homossexuais, estes teriam adquirido direito e deveres como outra entidade familiar. Dessa forma, com a morte de um dos pares, o sobrevivente terá direito a concorrer na sucessão hereditária, uma vez que o companheiro sobrevivente, como na união estável, também tem seus direitos sucessórios resguardados.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como intuito verificar as mudanças do conceito de família no Brasil. A família sempre foi e continuará sendo o núcleo básico e essencial de qualquer sociedade. O que acontece é que não se pode mais ignorar a existência de novas famílias.

Entretanto, a família vem se transformando muito. Ela não é mais somente constituída entre um homem, uma mulher e filhos, unidos pelo sagrado matrimônio e por uma certidão de casamento. Atualmente, a família encontra-se calcada nos vínculos de afeto entre as pessoas. Os vínculos de amor e afeto são os verdadeiros elementos solidificadores de uma entidade familiar.

Dessa forma, é extremamente importante olharmos para os novos modelos de família que surgem e a possível dissolução desta.

A homossexualidade é um fato que não pode ser desconsiderado, sendo que a própria Carta Magna institui Direitos Fundamentais do ser humano como a Igualdade, a Liberdade e a Dignidade da Pessoa Humana.

A probabilidade de pessoas do mesmo sexo se relacionarem e constituírem uma família é muito atual, gera polêmica e preocupação por falta de proteção por meio de uma tutela jurisdicional. Assim, uma vez caracterizada a união estável entre pares homossexuais, estes teriam adquirido direito e deveres como uma entidade familiar. Dessa forma, com a morte de um dos pares, o sobrevivente teria direito a concorrer na sucessão hereditária, que nada mais é do que a transmissão de direitos.

O primeiro capítulo buscou estudar a mudança do conceito de família no Brasil. Os princípios constitucionais e os específicos de Direito de Família buscam resolver os problemas decorrentes dessa mudança, uma vez que atualmente o Direito de Família está baseado na relação de afeto. A caracterização de entidade familiar está enlaçada pelo amor e afeto que as relações produzem, não somente pela presença de formalidades legais.

Assim, como a união estável, a união homoafetiva vem buscando a aplicação de seus direitos procurando ajuda no Poder Judiciário, uma vez que ainda não existem normas regulamentando as regras das uniões formadas entre pessoas do mesmo sexo, caracterizando-as como uma espécie de entidade familiar.

No segundo capítulo, estudou-se o Direito Sucessório dos companheiros, no intuito de conhecer a possível aplicação das regras aos companheiros da união estável analogicamente aos companheiros da união homoafetiva.

Por derradeiro, no terceiro e último capítulo aprofundou-se o estudo em questão com base em jurisprudências para verificar se há a possibilidade da aplicação das regras do direito sucessório ao companheiro sobrevivente nas relações formadas por pessoas do mesmo sexo.

Assim, constatou-se que as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo, atualmente chamadas de uniões homoafetivas, são outra espécie de entidade familiar. Essas uniões são comparadas à união estável, pois têm presentes os requisitos para sua configuração, quais sejam: a existência de um lar respeitável e duradouro; o cumprimento dos deveres de lealdade, fidelidade e a assistência recíproca; e a comunhão de afetos, vidas e interesses.

Entretanto, a maioria dos Tribunais de Justiça ainda tem bastante resistência em reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é pioneiro em reconhecer garantias e tutela as relações homossexuais.

Uma vez reconhecida a união entre homossexuais como entidade familiar analogicamente à união estável, quando há o falecimento de um dos companheiros, também há que se reconhecer direitos sucessórios ao companheiro sobrevivente.

A contribuição é inegável, visto que a sociedade e, por conseqüência, a família estão se transformando muito rapidamente. Assim sendo, poderá se proporcionar uma sociedade mais justa, igualitária e digna a garantir uma tutela jurisdicional às novas entidades familiares.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

_____. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70019828201. Relator: Juiz Luiz Ari Azambuja Ramos. Taquara, 09 de agosto de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2002.012455-4. Relator: Desembargador Luiz Carlos Freyesleben. Balneário Camboriú, 26 de fevereiro de 2003.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70009550070. Relator: Juiz Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 17 de novembro de 2004.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70005488812. Relator: Juiz José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre, 25 de junho de 2003.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Conflito de Competência n. 70000992156. Relator: Juiz José Ataídes Siqueira Trindade. Rio Grande, 29 de junho de 2000.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70007243140. Relator: Juiz José Ataídes Siqueira Trindade. Rio Grande, 06 de novembro de 2003.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70022651475. Relator: Juiz Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 19 de julho de 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 648763. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Porto Alegre, 16 de abril de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70018266874. Relator: Juiz Luiz Felipe Brasil Santos. Gravataí, 23 de maio de 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 395904. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Porto Alegre, 13 de dezembro de 2005.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2006.016597-1. Relator: Desembargador Mazoni Ferreira. Florianópolis, 17 de maio de 2005.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Conflito de Competência n. 2008.030289-8. Relator: Desembargador Henry Petry Junior. Lages, 09 de fevereiro de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2007.024239-3. Relator: Desembargador Fernando Carioni. Florianópolis, 28 de abril de 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, Belo Horizonte, MG. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil Brasileiro**: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM: Del Rey, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo código civil**. 4. ed. rev., atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 19. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6.

ESTATUTO DAS FAMÍLIAS. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 20 abr. 2009

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais: efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004.

FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do garantismo jurídico**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

_____. **União estável a eficácia temporal das leis regulamentadoras**. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

FREITAS, Douglas Phillips (Org.). **Curso de direito das sucessões**. Blumenau: Nova Letra, 2006.

_____. (Coord.) **Curso de direito de família**. Florianópolis: VoxLegem, 2005.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. V. 7.

HARMATIUK MATOS, Ana Carla. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Direito das sucessões e o novo Código civil**. Belo Horizonte: Del Rey; 2004.

LIMA, Rubiane de. **Manual de direito das sucessões: de acordo com o novo código civil**. Curitiba: Juruá, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 5 v.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito das sucessões no novo código civil brasileiro**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: J. de Oliveira, 2004.

NUNES, 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: Revista dos Tribunais, 2002.

RIOS, Roger Raupp. **Princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006a. v. 6.

_____. **Direito civil**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006b. v. 7.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> a acesso em: 20 abr. 2009.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008. 5 v. (Concursos públicos)

_____. **Direito civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2007. 6 v. (Concursos públicos)

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas 2003. 7 v.

_____. **Direito civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas 2006. 6 v.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 15. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito das coisas**. 11. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.