



UNIVERSIDADE SALVADOR
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

Alissa Gama Lobo Ferreira
Ana Carolina Pedral Sampaio Castro
5º ano A noturno

**União Homoafetiva: analogia à união estável para fins
patrimoniais**

Salvador
2010

SUMÁRIO

- 1- INTRODUÇÃO**
- 2- PRINCÍPIO DA PLURALIDADE DAS ENTIDADES FAMILIARES**
- 3- UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA**
- 4- O DIREITO DAS SUCESSÕES NA UNIÃO ESTÁVEL**
- 5- SUCESSÕES NA UNIÃO HOMOAFETIVA**

1.INTRODUÇÃO

A evolução da sociedade traz inúmeras situações novas e inesperadas que precisam ser acompanhadas pelo direito.

Infelizmente, o direito não acompanha a rapidez da evolução social, e, muitas vezes, se encontra defasado, não tutelando diversas situações que permeiam a sociedade.

Assim, como o direito não se transforma com a rapidez que se transforma a sociedade, muitas relações acabam por ficar a margem de direito e da legalidade, não possuindo qualquer regramento que as ordene.

Isto ocorre, por exemplo, com as uniões homoafetivas.

A união entre pessoas do mesmo sexo já não é novidade. Em que pese a relação homoafetiva existir há muito tempo no seio social, esta não possui qualquer regramento definido em lei, ficando os casais homoafetivos a margem do ordenamento jurídico, sem qualquer tutela legal.

A sucessão de casais homoafetivos também é questão importante, a qual o direito passa ao largo.

Atualmente vem chegando aos tribunais um grande número de processos onde se trata da questão da sucessão nas relações homoafetivas.

Ora, se sequer a união homoafetiva é tutelada pelo ordenamento jurídico pátrio, pior ainda é a situação da sucessão homoafetiva, tendo em vista, que além da ausência de regulamentação, são poucos os doutrinadores que se debruçam sobre o tema.

Ante a ausência de regulamentação da matéria, surge a dúvida de como ficaria a situação do companheiro homoafetivo sobrevivente, no caso de falecimento do outro. Ou seja, surge o questionamento se o companheiro homoafetivo seria ou não herdeiro daquele que faleceu.

Com o aumento das uniões homoafetivas a questão da sucessão homoafetiva não pode ficar a margem da lei, cabendo aos tribunais tratar sobre a matéria tendo em vista a total ausência de regulamentação.

Resta claro que não é um tema fácil de ser tratado já que a sociedade brasileira é arraigada pela doutrina da igreja católica que somente reconhece como família

aquela entidade decorrente do casamento, não concebendo a união entre pessoas do mesmo sexo.

Com o surgimento da nova constituição de 1988 houve uma transformação no conceito de família, esta já não é apenas aquela formada por pais e filhos decorrentes da relação casamentária, com a pluralidade familiar trazida pela Magna Carta, família passou a ser toda a entidade ligada por um vínculo de afetividade.

A Constituição Federal de 1988 possui, como princípios basilares a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade. Assim, o objetivo primordial buscado pela Magna Carta é o desenvolvimento digno das pessoas, independente de cor, raça ou orientação sexual.

Ora, tendo em vista a pluralidade familiar e o princípio da dignidade da pessoa humana, não podem os casais homoafetivos serem excluídos do regime sucessórios, tendo em vista que atualmente existe o conceito afetivo de família.

Assim, ante a controvérsia da questão, o presente estudo passa a tecer alguns comentários sobre a possibilidade de sucessão nas uniões homoafetivas.

2. PRINCÍPIO DA PLURALIDADE DAS ENTIDADES FAMILIARES

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 a família era entendida como um núcleo sólido, resultante do casamento, formada por pais, mãe e pai unidos pelo vínculo matrimonial, e pelos filhos do casal.

Anteriormente à nova constituição, a entidade familiar era entendida como unidade produtiva e reprodutiva, nos moldes do que pregava o Código Civil de 1916.

Como o surgimento da CF/88 o que se entendia por entidade familiar sofreu uma transformação radical. Acompanhando os anseios sociais, a família deixou de ser aquele núcleo rígido, decorrente do casamento, imposto pelo Código Civil de 1916, passando a ser uma reunião de pessoas ligadas pelo vínculo da afetividade.

Tendo em vista que a nova Constituição Federal se fundamenta em princípios como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, o novo conceito de família trazida por

ela também se fundamenta nestes princípios, passando a entidade familiar a se pautar no afeto existente entre os seus integrantes, e não mais apenas no casamento.

Assim, a partir de 1988 o objetivo da família é permitir o desenvolvimento digno do ser humano.

Com relação ao tema, veja-se a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 38):

Trata-se de entidade de afeto e solidariedade, fundada em relação de índole pessoal, voltadas para o desenvolvimento da pessoa humana, que tem como diploma legal regulamentador a Constituição da República de 1988.

Desse modo, a entidade familiar está vocacionada, efetivamente, a promover, em concreto, a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade.

Com o passar do tempo, a sociedade veio evoluindo, surgindo assim este novo conceito de família. Atualmente a família se caracteriza por ser uma entidade múltipla e plural, podendo ser formada por um grupo de indivíduos, ou até mesmo por apenas uma pessoa. Na formação familiar contemporânea, podem ou não os indivíduos serem ligados por vínculos biológicos. Atualmente, como dito em linhas acima, o que importa é o vínculo de afetividade que reúne os integrantes de uma família.

Assim, resta estudar quais os tipos de formações familiares trazidas pela Magna.

O art. 226 da CF/88 enumera alguns tipos de entidades familiares, dentre elas, a união estável e comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Tendo em vista que o artigo supra mencionado traz, em seu bojo, algumas hipóteses de entidades familiares, discute-se se o rol trazido pelo art. 226 da Constituição Federal seria taxativo ou meramente exemplificativo.

Como dito em linhas acima, a constituição federam tem como fundamentos basilares a igualdade, a dignidade da pessoa humana, bem como a liberdade.

Assim, como se sabe, a norma constitucional não pode ser interpretada em tiras, devendo ser entendida como um todo homogêneo. Deste modo, todos os dispositivos contidos na Magna carta devem ser interpretados de acordo com os

seus princípios basilares.

Destarte, tendo em vista que o objetivo do núcleo familiar é, exatamente, garantir o desenvolvimento digno dos seus integrantes, não há como se excluir as formações familiares não elencadas no art. 226 da proteção dada pela Constituição às entidades familiares.

Ora, tendo em vista que o objetivo da constituição é a dignidade da pessoa humana e é a família responsável por este desenvolvimento digno, não pode o rol estabelecido pelo art. 226 ser taxativo, devendo ser ele exemplificativo. Isto significa dizer que qualquer entidade familiar, estando ela definida ou não no referido dispositivo, merece a proteção concedida pela Constituição federal de 1988.

Neste sentido Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2010, p. 40):

Não fosse assim, relevaria uma outra indagação: seria justo que os modelos familiares não previstos na norma constitucional (art. 226) não contassem com a proteção da lei? ora, como sinaliza GUSTAVO TEPEDINO, 'é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.'

E também Paulo Lobo (2010, p. 77):

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família, indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de caracterização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.

Assim, o texto constitucional alargou o conceito de família, caracterizando como tal toda a entidade reunida por vínculos afetivos, independente de estar elencada no rol do art. 226. A este alargamento do conceito de família dá-se o nome de princípio da pluralidade familiar.

Antes da CF/88 apenas a entidade familiar casamentária era resguardada, com o surgimento do princípio da pluralidade familiar esta situação foi modificada.

A constituição federal de 1988 passou a tutelar e a resguardar não só a entidade familiar formal, decorrente do casamento, passando também a resguardar todas as

demais formas de formação de família, deferindo a elas a mesma proteção das instituições formadas pelo casamento.

Pelo princípio da pluralidade das entidades familiares o Estado passou a reconhecer e a tutelar diversos arranjos familiares.

Neste sentido, asseveram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 40):

Outrossim, deixando de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção), avançando para uma compreensão socioafetiva (como expressão de uma entidade de afeto e entreajuda), surgem, naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares. Abandona-se o casamento como ponto referencial necessário para buscar a proteção e o desenvolvimento da personalidade do homem. É a busca da *dignidade humana*, sobrepujando valores meramente patrimoniais."

Assim, ante a todo o exposto, vê-se que a Constituição Federal deu um grande passo no que tange a proteção da família. Atualmente, não apenas a família casamentária é tutelada constitucionalmente, com base na pluralidade familiar, todos os arranjos familiares ligados por um vínculo de afetividade estão resguardados pela CF/88. Ademais, tendo em vista que o objetivo da Constituição de 1988, bem como o da família é permitir o desenvolvimento digno da pessoa humana, o rol previsto no art. 266 não é taxativo, sendo considerada família toda aquela que está ligada por um vínculo de afetividade.

3. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Em que pese a Constituição Federal de 1988 ter trazido no § 3º do artigo 226 a previsão da união estável como entidade familiar, tal dispositivo elenca como requisitos para que esta instituição familiar seja protegida pelo Estado que a união seja entre homem e mulher.

Ainda nesse sentido, encontra-se o artigo 1723 do Código Civil que dispõe: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher,

configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família”. (grifos nosso)

No entanto, não se deve entender que diante a ausência de previsão normativa que regulamente as uniões estáveis homoafetivas, tal relação seja inviável ou desprotegida, vez que a própria Constituição Federal regula e prevê instituições familiares em que não há a presença de pessoas de ambos os sexos, como por exemplo, nas famílias monoparentais, prevista no artigo 226, § 4º da Constituição Federal.

Assim, é válido ressaltar que embora o ordenamento jurídico pátrio vigente não ter consagrado, expressamente, a união entre pessoas do mesmo sexo, inexistente, qualquer proibição para que tal união homoafetiva venha gerar efeitos. Desse modo, percebe-se que a Carta Magna não veda a existência de famílias formada pelo relacionamento de pessoas do mesmo sexo.

Mas, então, como ficariam tutelados os direitos daquele que se encontra em união homoafetiva?

Como já dito, resta claro, que a Constituição da República expressamente previu a pluralidade das entidades familiares (completar com texto de alissa)

Por conseguinte, deve-se atentar que inexistindo regra jurídica expressa que conheça da relação afetiva decorrente da união entre pessoas do mesmo sexo, resta evidente a ocorrência de lacuna no direito pátrio, que deverá ser resolvida com base na analogia, prevista no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, vejamos: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. (grifos nosso)

Diante do exposto, constata-se que a analogia tem o seu fundamento no ordenamento jurídico na igualdade jurídica.

No que tange à relação homoafetiva, em face da ausência de legislação específica, é possível a aplicação das regras da união estável às situações em que estejam envolvidas pessoas do mesmo sexo, pois se vislumbra, no caso em apreço, inúmeros fatores importantes e que são similares entre os dois institutos tais como a lealdade, respeito e assistência, guarda e sustento e educação dos filhos.

Ademais, exigir como requisito para que a família exista a diferenciação de sexos do casal e que tenha a proteção do Estado, é algo extremamente discriminatório, que viola o princípio da igualdade, ignorando a proibição de distinguir pessoas em razão de seu sexo.

A Constituição Federal prima pelo respeito à dignidade da pessoa humana, que é, inclusive, um dos fundamentos da República, artigo 1º, III da CF.

Além disso, os princípios da liberdade sexual bem como da igualdade são consagrados como objetivos fundamentais, expressos no artigo 3º, I e IV, da CF.

Artigo 3º da CF: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil

I- construir uma sociedade livre, justa e solidária

IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Aliado a toda fundamentação supra, o artigo 5º da Constituição Federal, ao elencar os direitos e garantias fundamentais, dispõe: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

É evidente, porém que não é suficiente que haja o respeito à dignidade humana e à liberdade, pois, enquanto a homossexualidade for vista como crime, fardo, aberração ou pecado, não se está vivendo em uma Democracia.

No entanto, é imperioso constatar que a jurisprudência pátria já deu grandes avanços no que tange ao tema. Exemplo, dessa inovação é a brilhante decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, com a observância dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, em acórdão do desembargador Elias Camilo (TJMG AC 1.0024.09.484555-9/001, relator desembargador Elias Camilo, p. 20/04/2010).

Desta forma, vê-se que, inexistindo no ordenamento positivo brasileiro qualquer proibição expressa de reconhecimento de união homoafetiva e concessão de efeitos civis a esta, *in casu*, o pedido mostra-se, sob uma visão abstrata, suscetível de acolhimento ou rejeição, merecendo, portanto, reforma a sentença de primeiro grau que indeferiu a inicial por carência de ação.

Não se pode ainda, deixar de mencionar a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que decidiu positivamente sobre a adoção de dois irmãos menores por um casal em união homoafetiva. (STJ, 4ª Turma, REsp. 889.852-RS, relator ministro Luis Felipe Salomão, j. 27/4/2010).

Como bem observa Maria Berenice Dias (2010, p.05):

“A Justiça não é cega nem surda. Também não pode ser muda. Precisa ter os olhos abertos para ver a realidade social, os ouvidos atentos para ouvir o clamor dos que por ela esperam e coragem para dizer o Direito em consonância com a Justiça.”

Diante do exposto, conclui-se que o caput do art. 226 é cláusula de inclusão, não sendo, portanto, possível excluir nenhuma entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, já que estes são os requisitos essenciais de uma família.

O supracitado artigo aliado com o artigo 1723 do Código Civil apenas dispõe acerca da possibilidade de união estável entre homem e mulher, desde que preenchidas as condições exigidas, tais como: convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família. Sem que houvesse, todavia, a proibição da união entre pessoas do mesmo sexo, sejam dois homens ou duas mulheres.

Ora, caso o legislador quisesse, teria o mesmo utilizado qualquer expressão restritiva, visando, expressamente, excluir do ordenamento a a união entre pessoas do mesmo sexo , o que não ocorreu.

Assim sendo, qualquer espécie de vínculo que tenha como fundamento o afeto pode ser deixar de ter o status de família, merecedora, portanto, de toda a proteção do Estado, pois a Constituição Federal consagra como norma pétrea, os direitos e as garantias individuais, inclusive, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Logo, no presente artigo, defende-se para todos os fins, que para que seja possivelmente o reconhecimento da união estável, o casal deverá ter como requisitos: a intenção de formar uma família, a convivência pública, a continuidade, a estabilidade e, por fim, a comunhão de vidas.

Nota-se, portanto, que o intuito do presente estudo é reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo como sendo união afetiva, pois constatada a omissão da lei, mostra-se razoável a aplicação da analogia como a união estável.

Portanto, diante da análise de todos os dispositivos legais já mencionados, conclui-se que toda qualquer discriminação à pessoa em razão se sua opção sexual é vedada em razão do princípio da igualdade, assim não há vedação ao reconhecimento de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo.

4. O DIREITO DAS SUCESSÕES NA UNIÃO ESTÁVEL

Como se sabe, a Constituição Federal de 1988 elencou a união estável como uma das hipóteses de entidade familiar, dotada, portanto, de especial proteção do Estado.

Antes do novo Código Civil, pode-se dizer que o Código Civil de 1916, restringia esse modo de convivência, proibindo doações ou herança testamentária do homem casado à concubina, ou, ainda, a inclusão desta como beneficiária de contrato de vida. No entanto, aos poucos, houve reconhecimento de alguns direitos sucessórios em favor da concubina.

A Lei 8.971 de 1994, responsável por regular o direitos dos companheiros(as) a alimentos e a sucessão, bem como a Lei 9.278 de 1996 que regulamentou o referido artigo 226 da Constituição Federal, reconhecendo, assim, a união estável como entidade familiar e os seus respectivos direitos, tais como o direito sucessório.

O primeiro diploma legal, lei 8.971, estabeleceu a transmissão do patrimônio ao companheiro(a) sobrevivente, nas hipóteses em que não haviam ascendentes e descendentes, desde que atendidos alguns requisitos, como por exemplo: pessoa solteira, prova de efetiva união pelo prazo de 5 anos, dentre outros.

A Lei 9.278/96, deixou de exigir todos os requisitos da supracitada lei para que ficasse configurada a união estável, bastando a prova do estabelecimento da sociedade conjugal de fato, com formação do patrimônio.

Tais diplomas legais foram alvos de inúmeras críticas, pois conferiam à companheira(o) mais direitos do que ao marido (esposa), uma vez que a primeira teria direito ao usufruto viual e do direito real de habitação, enquanto a última só teria tais benefícios, caso seu regime de bens adotado o permitisse.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, a situação sucessória do companheiro e da companheira foi alterada, pois as leis 8.971/94 e 9.278/96 foram tacitamente revogadas.

Tais mudanças serão discutidas a seguir.

Primeiramente, faz-se necessário falar, que a união estável foi incorporada ao Livro de Famílias. Os artigos 1723 a 1727 do Código Civil de 2002 tratam sobre a matéria patrimonial e processual que não será por ora será discutida.

Já vocação hereditária do companheiro é regulada no Código Civil por meio do artigo 1790, que dispõe:

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 à uma quota equivalente à que por lei for atribuída aos filhos;

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.

Percebe-se a clara omissão do Código Civil, que não menciona a solução para as hipóteses em que o companheiro venha a suceder, ao mesmo tempo, com descendentes comuns e descendentes não comuns.

Adotando a posição de Caio Mário (2009, p. 145) adota-se o seguinte posicionamento, que visa a apresentar uma solução mais benéfica ao companheiro: “partilha por cabeça, em igualdade de condições para todos os co-herdeiros, levando em conta a circunstância de o novo código não ter reservado, em benefício daquele, a quota mínima deferida ao cônjuge, na hipótese de descendência comum.

Assim, caso exista um número elevado de descendentes, o que levaria a participação ínfima do companheiro na herança, o artigo 1832, do Código Civil dispõe que a quota parte do companheiro(a) não poderá ser inferior à quarta parte da herança.

Outro ponto que merece ser melhor analiso, refere-se à situação em que o cônjuge venha a suceder, ao mesmo tempo, com descendentes comuns. Como tal situação seria resolvida já que o artigo 1790 do CC nada dispõe acerca dessa matéria?

Alguns autores como Caio Mário, defendem que a expressão “filhos comuns” contida no inciso I do artigo 1790 deve ser lida como “descendentes comuns”, com o intuito de que, nessa hipótese, a partilha seja feita “por cabeça”, com a conseqüente igualdade de todos os sucessores na partilha.

Todavia, tal entendimento não parece ser o mais adequado, já que o legislador teve, por duas vezes, a oportunidade de consertar tal equívoco, e não o fez. Deste modo, entende-se que talvez esse erro tenha sido proposital, de forma que, no caso hipotético apresentado, a solução estaria no inciso III, ou seja, os descendentes comuns seriam equiparados a outros parentes sucessíveis. Assim, caso aceito este posicionamento, terão direito a um terço da herança.

É preciso, todavia, fazer uma crítica ao Novo Código Civil, pois, o artigo 1790 que regula a vocação sucessória do companheiro(a), encontra-se no Título II (Da sucessão geral) e não no local onde deveria estar localizado, qual seja no Título II (Da sucessão Legítima), em manifesta situação de desigualdade.

Não há dúvidas de que o companheiro deveria estar na lista dos herdeiros legítimos, que no Código Civil está contida no artigo 1829.

Nota-se, que o inciso III do artigo 1790, impõe que o companheiro sobrevivente concorra com os colaterais até o quarto grau, quando, ele deveria estar em uma posição mais benéfica. De acordo com tal posicionamento. Carlos Roberto Gonçalves (2009, p.176):

Agiria melhor o legislador, todavia, se atribuísse ao companheiro sobrevivente a metade do patrimônio deixado pelo falecido e não apenas um terço, considerando-se o fato de ter sido adotado, como regra, o regime da comunhão parcial de bens, bem como a circunstância de ter ele vivido toda uma existência ao lado do *de cuius*, enquanto outros parentes sucessíveis em nada contribuíram na formação do aludido patrimônio.

Além disso, constata-se que o Código Civil retroagiu ao determinar que, somente quando o *de cuius* não tiver qualquer parente suscetível, é que o companheiro(a) terá direito à integralidade da herança

Deve-se mencionar ainda, outra limitação imposta à vocação do companheiro, qual seja a restrição que a sucessão opera apenas e somente em relação aos bens onerosamente adquiridos na vigência da união estável. Tal limitação não há razão de ser e fere o artigo 1725 do CC, que prevê o regime de comunhão parcial de bens. Logo, o correto seria que houvesse igualdade com o cônjuge, ou seja, que participasse da herança sobre os bens particulares do *de cuius*.

Outro tópico que merece análise refere-se ao não reconhecimento do direito de habitação defendido por alguns, e antes previsto ao companheiro. Deste modo, percebe-se que o companheiro sobrevivente pode ser retirado compulsoriamente do

imóvel onde residia com o *de cuius*, caso eles não tenham adquirido o imóvel na vigência da união estável.

Todavia, deve-se mencionar o Enunciado 117 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, que ocorreu em Brasília, que dispõe: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do artigo 1.831 do Código Civil.”

Diante disso, entende-se que o direito real de habitação, caso seja o único imóvel residencial, deve se estendido ao companheiro(a) sobrevivente ainda que este não tenha contribuído financeiramente para a sua aquisição em razão do reconhecimento da união estável pela Constituição Federal, assim como o direito à moradia ter sido elencado na Magna Carta como um direito social.

Diante do exposto, deve-se mencionar que grande parte da doutrina, inclusive Euclides de Oliveira, critica a disciplina do direito sucessório do companheiro sobrevivente no novo código civil por entender que aqueles que vivem em união estável foram submetidos a uma posição bastante inferior à situação do cônjuge.

Eduardo de Oliveira Leite, contudo, entende que o novo Código Civil pretende colocar a união estável no mesmo patamar que o casamento civil, e que tais distinções são apenas reflexos da Constituição, que no equiparou os institutos.

Em que pese, a Constituição Federal não tenha equiparado a união estável ao casamento, não tem razão de ser as limitações previstas e elencadas no presente trabalho, tais como a limitação dos bens apenas aos que foram onerosamente adquiridos, a distinção entre descendentes exclusivos e descendentes comuns e, por fim, estabelecer a concorrência com os parentes colaterais.

5, SUCESSÕES NA UNIÃO HOMOAFETIVA

O direito das sucessões é um ramo do direito responsável por definir a transferência patrimonial quando da morte do proprietário. Tal ramo do direito está relacionada à transferência *pos mortem* dos bens do *de cuius*.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 2):

O Livro de Direito das Sucessões reveste-se de fundamental importância, como assevera EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, "na em que entre a vida e a morte se decide todo o complexo destino da condição humana. O lúdico direito se esgota exatamente na idéia singela, mas imantada de significações, de continuidade para além da morte, que se mantém e se projeta na pessoa dos herdeiros. A sucessão, do latim *seccedere* (ou seja, vir ao lugar de alguém), se insere no mundo jurídico como que a afirmar o escoamento inexorável do tempo conduzindo-nos ao despecho da morte que marca, contraditoriamente, o início da vida do direito das sucessões".

É inquestionável, aduz o mencionado autor, "a importância das *sucessões* no direito civil. Porque o homem desaparece, mas os bens continuam; porque grande parte das relações humanas transmigra para a vida dos que sobrevivem, dando continuidade, via relação sucessória, no direito dos herdeiros, em infinita e contínua manutenção da imagem e da atuação do morto, em vida, para depois da morte"

De acordo com o art. 1.876 do Código Civil a sucessão se divide em legítima e testamentária. A sucessão legítima, como o nome já indica, é aquela decorrente da lei, por sua vez, a sucessão testamentária decorre de ato de última vontade.

Ademais, existindo herdeiros necessários, ou seja, aqueles que a lei determina como tal, a herança será dividida em duas partes iguais e o testador só poderá dispor livremente da metade que é denominada de porção disponível. A outra parte da herança é conhecida como legítima e pertence aos herdeiros elencados no art. 1846 do CC.

Feito uma rápida introdução acerca do direito das sucessões, é importante analisar a aplicação deste direito aos casais em união homoafetiva.

O art. 1.790 do CC, já citado em tópico anterior, estabelece que a companheira ou companheiro participará da sucessão do outro com relação aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável.

Por sua vez, o art. 1.723 do CC, definindo o termo união estável, assevera que " 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."

Assim, se o dispositivo acima citado fosse interpretado ao pé da letra, só haveria união estável com relação ao casal formado por homem e mulher. Desta feita, não poderia haver a união estável entre pessoas do mesmo sexo, não sendo deferido a estas, por lei, qualquer direito sucessório.

Como já reiteradamente explicitado ao longo do presente artigo, um dos princípios

basilares da Constituição Federal é a igualdade, que está previsto no art. 5º da Magna Carta.

Por princípio da igualdade entende-se que todos devem ser tratados de forma igual perante a lei, não havendo qualquer distinção de raça, cor e sexo.

De acordo com o professor Ingo Wolfgang Sarlet o princípio da igualdade (2001, p. 89):

encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toa e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material.

Assim como o princípio da igualdade, outro princípio de extrema relevância no nosso ordenamento é o da dignidade da pessoa humana. Este princípio proíbe a coisificação do ser humano, garantindo a todos uma existência digna.

Em que pese o art. 1.723 aduzir que a união estável é aquela formada entre homem e mulher, com base nos princípios constitucionais acima citados, tal dispositivo não pode ser entendido em sua literalidade.

Ora, se a Carta Magna estabelece como fundamento do ordenamento jurídico o princípio da igualdade, não há porque ser reconhecida a união estável entre homens e mulheres e, ao mesmo tempo se vedar a união homoafetiva.

O ordenamento jurídico deve ser interpretado como um todo, desta forma, não pode o direito civil ser estanque, ser apartado das normas constitucionais.

Assim, ante a necessidade de uma interpretação sistemática do direito, é necessário, no presente caso, o uso da analogia para que se possa aplicar os ditames do art. 1.790 do Código Civil também naqueles casos de união homoafetiva.

Não há qualquer diferença substancial que enseje o tratamento diferenciado entre os casais em união estável e aqueles em união homoafetiva. Tendo em vista que o estado brasileiro é laico, e que a religião deve ficar de fora do ordenamento jurídico, se a igreja católica não admite a união entre pessoas do mesmo sexo, cabe ao direito admitir e tutelar esta relação.

Assim, o art. 1.790 do código Civil não pode ser interpretado de forma literal, ele

deve ser analisado em consonância com os dispositivos constitucionais citados.

A interpretação constitucionalizada do dispositivo civilista acima citado não chegaria a outra conclusão senão a que entende que a união homoafetiva se equipara à união estável para todos os efeitos legais, incluindo aqui os sucessórios.

Ora, se todos são iguais perante a lei, não existe qualquer diferença entre as uniões hetéro e homoafetivas.

Ademais, com a pluralidade familiar estabelecida pela constituição federal, as famílias se formam de acordo com laços de afetividade, assim, todos aqueles que se unam por laços de amor e de carinho, independente do sexo, formam sim uma família tendo em vista que o rol apresentado pelo art. 226 é apenas exemplificativo.

Deste modo, uma vez equiparada a união homoafetiva à união estável e considerada a união homoafetiva como uma família, se aplicaria à união homoafetiva todo o regramento sucessório disposto no artigo 1.790 do CC/2002, tornando o companheiro homoafetivo herdeiro legítimo do companheiro falecido.

Neste diapasão, assevera Suzana Santi Cremasco (2009, p.):

Feita a equiparação e reconhecida a união homoafetiva como espécie de união estável, a legitimação hereditária decorreria, única e exclusivamente, do texto expresso do art. 1790 do Código Civil e, portanto, se trataria de uma modalidade de sucessão legítima, que não afastaria, de modo algum, a possibilidade de realização de testamentos e pactos de convivência entre os companheiros[38], mas que, por sua vez, não os deixaria - ou mesmo às pessoas que tenham algum tipo de relação negocial com o casal - imersos em um nimbo legislativo, à mercê da insegurança total, plena e completa.

Assim, com a equiparação dos institutos acima citado, teria o companheiro homoafetivo os direitos sucessórios decorrentes da morte do seu companheiro.

Entender de outro modo seria uma afronta a Constituição Federal. Não se pode imaginar que em um estado cuja constituição tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana se deixe o companheiro homoafetivo a margem do direito sucessório tendo em vista que, muitas vezes, é o companheiro falecido o responsável pela subsistência do casal.

Assim, não existem fundamentos para se negar o direito sucessório aos casais que vivem em união homoafetiva.

Não tem sido outro o entendimento dos tribunais:

União homoafetiva. Possibilidade jurídica. Observância dos princípios da

igualdade e dignidade da pessoa humana. Pela dissolução da união havida, caberá a cada convivente a meação dos bens onerosamente amealhados durante a convivência. Falecendo a companheira sem deixar ascendentes ou descendentes caberá à sobrevivente a totalidade da herança. TJRS, Apelação Cível 70006844153, 8ª Câmara Cível, Rel. Catarina Martins, j. 18/12/2003.

Veja-se também parte do voto do Ministro Wander Marotta no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0024.07.784952-9/001:

O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, análoga à união estável, ao encontro do objetivo constitucional de se alcançar uma nova sociedade, mais justa, mais igualitária e menos preconceituosa, assegurando-se a todos, independentemente de raça ou opção sexual, o direito de constituir "família", ainda que sob forma não tradicional.

Assim, se a união homoafetiva preenche os requisitos da união estável, devem ser reconhecidos os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Destarte, é inegável que o melhor entendimento a ser adotado no presente caso é que deve haver uma analogia entre a união estável e a união homoafetiva para fins sucessórios e patrimoniais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CREMASCO, Suzana Santi. **O direito sucessório do companheiro homossexual**. www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=544. Acessado em 23/10/2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume VII: direito das sucessões. 3. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentário ao novo código civil**. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Concorrência Sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.29, abr./maio 2005

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001