

ASPECTOS JURÍDICOS DA UNIÃO HOMOAFETIVA NO DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES: ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA OPERABILIDADE

Fernando Gaburri*

1. Introdução: o princípio da operabilidade

O Código Civil de 2002 norteia-se por três princípios básicos: o da sociabilidade, o da eticidade e o da operabilidade.

O princípio da operabilidade, que mais de perto interessa ao presente estudo, é essencialmente um princípio de hermenêutica filosófica e jurídica, que traduz o critério metodológico apontado pelo legislador ao intérprete do Código: se as regras jurídicas apresentam-se como proposições lingüísticas gerais, a partir de seu texto o intérprete construirá uma regra-decisão concreta e específica para o caso em tela.[†]

Segundo o princípio da operabilidade, a lei deve ser confeccionada de maneira simples e direta, para que sua compreensão e aplicação não se torne tarefa de difícil consecução, e sua interpretação seja o menos possível passível de dúvidas e ambiguidades.

Por tal razão, o Código Civil de 2002 é repleto de cláusulas gerais, ou seja, grande parte de seus dispositivos é dotada de uma propositada vagueza semântica, a ser preenchida no momento de se analisar o caso concreto. Em outras palavras, os dispositivos, em regra, não definem todos os fatos que a eles se subsumem. Ao contrário, permitem que o intérprete, na medida das necessidades e possibilidades, vá preenchendo esses propositados vazios.

Isso contribui para que o processo de envelhecimento do atual Código Civil seja significativamente mais lento do que o que ocorreu com o Código Civil de 1916.

Contudo, devido à sua longa tramitação legislativa, muitos dos institutos do vigente Código Civil já estão a merecer novo tratamento legal.

Dentre as inúmeras inovações trazidas pelo atual Código Civil ao direito brasileiro destacam-se os tratamentos sucessórios tanto no que se refere ao cônjuge quanto ao companheiro supérstite. No pertinente a este último, certamente submeteu-se à mais

* Mestre em Direito Civil Comparado pela PUCSP e doutorando em Direitos Humanos pela USP. Professor de direito civil na Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN e na FARN. Professor convidado em cursos de pós-graduação e autor de artigos e obras jurídicas. Procurador do Município de Natal/RN e advogado especialista em direito homoafetivo. Críticas e sugestões serão muito bem vindas, e poderão ser feitas pelo e-mail gaburri@terra.com.br.

† Francisco Amaral, *Direito civil: introdução*, 5 ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 101.

substancial alteração trazida no campo do direito das sucessões.

Destarte, assentar-se-á esta reflexão na formulação de proposições analíticas a respeito do texto civil vigente, com o fito de indicar aqueles pontos que se afastam do equânime tratamento preconizado pela Constituição naquilo que se refere à aplicação prática do direito de sucessões – mais especificamente à sucessão do companheiro e suas questões controvertidas.

Se houve avanços dignos de aplausos com a vigência do Código Civil de 2002 no tocante ao direito de família e das sucessões, muitas dúvidas e inseguranças vieram à baila e clamam por apuradas análises e céleres soluções por parte de magistrados, doutrinadores e operadores do Direito.

Isso se deve ao fato de o legislador de 2002 ter se olvidado, tanto no que se refere à sucessão do companheiro quanto à do cônjuge supérstite, de previsão e solução de hipóteses de concreção não remotas, senão corriqueiras, e que ainda padecem de uniformes soluções.

Além de limitar sobremaneira o acervo hereditário sobre o qual o companheiro concorrerá na sucessão do falecido, o Código Civil o colocou em situação de flagrante desvantagem em relação aos parentes colaterais com os quais concorrer. Ao falar sobre a concorrência de descendentes comuns e exclusivos do morto, utilizou-se em um caso da palavra “filhos”, e noutro da palavra “descendentes”, trazendo com isso uma pluralidade de interpretações.

Finalmente, o Código nada falou (como era de se esperar ao tempo de sua promulgação) das relações familiares e sucessórias entre companheiros de mesmo sexo.

São estes temas, à luz da antiga e da atual jurisprudência, que este breve estudo procurará demonstrar e deslindar.

2. O reconhecimento da união estável como entidade familiar: os modelos de família ao longo da história

A família antiga apresentava-se revestida de caracteres bem distintos da noção atualmente vigente. Constituída de um grupo social numeroso subordinado à *pátria potestas* de um *pater* familias, quem concentrava em si poderes de sacerdote, administrador e magistrado daquele aglomerado.

Aquele modelo de família tinha como pedra fundamental os interesses do grupo, como

o da mútua proteção e da segurança, sem a preocupação com a consanguinidade, já que também fazia parte da família a mulher casada *cum manu*, seus filhos naturais e adotivos, e nora, também casada *cum manu*, os escravos e assimilados.

Não se desconhecia, contudo, a existência das denominadas “uniões livres” ou extra-matrimoniais entre pessoas de sexos diferentes, conforme lembrava Silvio Rodrigues[‡], ao expor que “*a família constituída fora do casamento de há muito representava uma realidade inescandível.*”

No direito romano a união estável era uma forma de união inferior ao casamento. Patrícios e plebeus, impedidos de unirem-se pelo casamento, uniam-se pela união de fato, na qual havia a coabitação sem *affectio maritalis*.

Finda a fase religiosa, em que o principal mister familiar consistia na tradição do culto aos antepassados, o instituto sofreu abrandamento de suas funções religiosas e socioeconômicas, com destaque para Revolução Industrial, que fazia com que o homem deixasse seu lar para sair em busca de trabalho nas indústrias.

A família, a partir do momento em que tem como supedâneo o sentimento entre seus componentes, sucumbe a novos modelos formadores, deixando definitivamente de ser um corpo demasiadamente hierarquizado, com desígnios predominantemente religiosos, passando então a caracterizar-se como um canal de interesses mútuos com o intento de comunhão de vida.

Com base no critério da autoridade, Henri e Léon Mazeaud[§] definem a família como o grupamento formado pelas pessoas que, em razão de seus vínculos de parentesco ou de sua qualidade de cônjuges, submetem-se à mesma comunidade de vida na qual os cônjuges asseguram conjuntamente a direção moral e material. Daí resulta que a família apenas compreenderia os cônjuges e os filhos menores submetidos àquela autoridade. O *Code Napoléon* não tratou das relações sexuais fora do casamento, entendendo a doutrina que nem por isso tais relações estariam despidas de efeitos jurídicos. Mas tornadas duráveis e estáveis, solidificadas em concubinato ou união livre, criam um estado que imita o casamento, em todo o restante inferior.**

Diferentemente de tempos passados, em que a família mostrava-se como um gregário

[‡] Silvio Rodrigues, *Direito civil*, 28 ed, São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6, p. 256.

[§] Henri e Léon Mazeaud, *Leçons de droit civil*, 7 ed, Paris: Montchristien, 1995, t. 1, v. 3, p. 6.

** Jean Carbonier, *Droit civil*, 2 ed, Paris: Presses Universitaires de France, 1957, t. 1, p. 456.

e numeroso grupo, Silvio Rodrigues^{††} ressaltava que as regras atuais do direito de família disciplinam as relações pessoais e patrimoniais do indivíduo inserido em um núcleo social, relativamente pequeno, em que ele nasce, cresce e se desenvolve.

Na vigência do Código Civil de 1916 não havia previsão de sucessão entre companheiros, já que seu art. 1.603 previa que:

“Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes;

II - aos ascendentes;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais;

V - aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União. (Redação dada pela Lei nº 8.049, de 20.6.1990)” .

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a união estável foi reconhecida como forma legítima de constituição da família. Daí em diante, este instituto experimentou substanciais transformações, dispensando-se àquelas famílias constituídas, até então à margem do direito, idêntica disciplina antes dispensada apenas às famílias erguidas sobre os pilares do matrimônio.

A noção de família, nas Constituições brasileiras, estava diretamente ligada ao instituto do casamento.

A partir da Constituição de 1988 a família, base da sociedade, passa a ter especial proteção do Estado, para tanto sendo reconhecida a união estável entre um homem e uma mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.^{‡‡}

A norma expressa no art. 226 e §§ da Constituição é caracterizada como de inclusão (não de exclusão) de modo que a única interpretação cabível é que o rol de espécies de entidades familiares ali descrito é meramente exemplificativo.

A prevalecer uma interpretação taxativa do rol do art. 226 da Constituição inúmeros agrupamentos familiares ali não previstos restariam desprotegidos. Esse rol não é taxativo

^{††} Silvio Rodrigues, *Direito civil*, cit., v. 6, p. 3.

^{‡‡} Constituição Federal de 1988: “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.”

quer pela impossibilidade mesma de se enumerar todas as formas de constituição de família, quer porque não seria justo que outros modelos familiares ali não previstos não contassem com a proteção da lei.^{§§}

No plano infraconstitucional, sobrevieram as Leis n. 8.971, de 29.12.1994 e 9.278, de 10.05.1996, que regularam matérias como o direito a alimentos, a meação e a sucessão entre companheiros. Atualmente a matéria vem disciplinada nos arts. 1.723 a 1.727 do Código Civil.

Com a inserção da união estável e outros modelos de entidade familiar no texto constitucional (família monoparental), rompe-se aquela posição essencialmente privilegiada que até então gozava o casamento como base de formação e proteção da família.^{***}

A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340, de 07.08.2006), ao reprimir a violência doméstica contra a mulher, determina em seu art. 2º que toda mulher, independentemente de sua orientação sexual, goza da proteção contra violência em âmbito familiar.^{†††} Mais adiante, em seu art. 5º, dispõe que configura violência doméstica e familiar toda conduta baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, e dano moral ou patrimonial, em qualquer relação íntima de afeto na qual o agressor conviva, ou tenha convivido, com a ofendida, independentemente de coabitação. E destaca que as relações pessoais enunciadas naquele artigo independem de orientação sexual.^{†††}

Deste modo, a Lei Maria da Penha é o primeiro texto legal que reconhece expressamente a união homoafetiva, embora refira-se unicamente às mulheres.

3. Fundamentos do direito de herança: aspectos religiosos e jurídicos

Segundo Norberto Bobbio^{§§§}, “o homem sempre buscou superar a consciência da

^{§§} Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal, *Direito das famílias*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 56.

^{***} Maria Berenice Dias, *União homoafetiva: preconceito e justiça*, 4 ed, São Paulo: RT, 2009, p. 126.

^{†††} “Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.”

^{†††} “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”

^{§§§} Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 55.

morte, que gera angústia, seja através da integração do indivíduo, do ser que morre, no grupo a que pertence e que é considerado imortal, seja através da crença religiosa na imortalidade ou na reencarnação. A esse conjunto de esforços que o homem faz para transformar o mundo que o circunda e torná-lo menos hostil, pertencem tanto as técnicas produtoras de instrumentos, que se voltam para a transformação do mundo material, quanto as regras de conduta, que se voltam para a modificação das relações interindividuais, no sentido de tornar possível uma convivência pacífica e a própria sobrevivência do grupo.”

Nas lições de Caio Mário da Silva Pereira^{****}, o termo “suceder” tem o sentido genérico de virem os fatos e fenômenos jurídicos “uns depois dos outros” (*sub + cedere*). Sucessão seria então a respectiva seqüência de certos fenômenos caracterizada como o conjunto de normas que disciplinam e regem a transmissão *causa mortis* do patrimônio do *de cuius* àqueles que ele próprio, ou que a lei mesma indicar.

Finca raízes na Antigüidade, como, por exemplo, no direito dos povos egípcios, babilônicos e hindus, dezenas de séculos antes da Era Cristã.^{†††}

Há, porém, além disso, que se fazer menção a povos antigos, cujas práticas muitas conexões guardavam com o Direito Sucessório. Como explica Foustel de Coulanges, em determinada época histórica o que de pior se tinha para um homem era o seu esquecimento após a morte. Assim, como continuador do culto familiar, o primogênito varão era encarregado do sacerdócio da família, em troca do que, herdava todo o patrimônio de seu pai. Se tivesse, porém, uma irmã, esta nada herdaria. Mas é de se observar que não era a propriedade que por essa época se transmitia. Tão-somente a administração e condução do culto familiar é que passavam para o herdeiro, acompanhados da administração da propriedade, que se fundamentava e justificava na existência física do altar doméstico naquele local.^{††††}

O direito de herança passou por muitas críticas, que questionavam sua moralidade e conveniência, com destaque para os soviéticos, segundo os quais não era legítima a transmissão sucessória, devendo os bens do *de cuius* incorporarem-se ao patrimônio do Estado no momento de sua morte. Argumentavam que a transmissão sucessória privilegiava o egoísmo do homem, bem como o desinteresse pelo trabalho, vez que, ao se

^{****} Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, 15 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 6, p. 19.

^{††††} Silvio Rodrigues, *Direito civil*, 26 ed, São Paulo: Saraiva, 2003, v. 7, p. 4.

^{††††} Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Comentários ao Código Civil*, 2 ed, São Paulo: Saraiva, 2007, v. 20, p. 4.

lhe transmitir o patrimônio por herança, motivos mais não haveria para dedicar-se a uma atividade economicamente produtiva, prejudicando assim o desenvolvimento econômico-social do Estado.^{§§§§}

Essa oposição não obteve força, porquanto até nos estados soviéticos reconheceu-se moral e legítima a transmissão patrimonial *causa mortis*, pois é corolário da propriedade sua perpetuidade.

Na falta do direito de herança, haveria constantes tentativas de se burlar a lei, seja na prática reiterada de liberalidades, ou mesmo mediante celebração de negócios simulados, com o simples escopo de transmitir o proprietário, ainda em vida, todo o seu patrimônio para seus entes queridos e pessoas que lhe são caras. Ou ainda, o proprietário procuraria agraciar os últimos anos de sua vida dilapidando todo o seu patrimônio, com o único escopo de não permitir que dele o Estado se apodere.

4. Da ordem de vocação hereditária instaurada pelo Código Civil de 2002: o avanço do retrocesso

O termo vocação, do latim, significa convocação, proveniente *de vocatio*, sendo, em termos técnicos, a convocação legal de alguém para que venha receber a herança ou a parte que lhe cabe.

A sucessão *ab intestato* repousa sobre a afeição presumida do defunto, ao designar as pessoas que o sucederão: a lei faz, ela mesma, o seu testamento tácito.^{*****}

Segundo entendimento solidificado na doutrina, a ordem de vocação hereditária é a distribuição dos herdeiros em classes preferenciais, conjugando as ideias de grau e de ordem. Ou, no entender de Silvio Rodrigues^{††††}, a ordem de vocação hereditária consiste na relação preferencial, estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder o finado.

Sabe-se que no antigo Direito Romano somente os varões herdavam, o que caracterizava uma significativa desigualdade entre homens e mulheres. Entre os homens, havia o chamado direito de primogenitura, com a finalidade única de conservar a propriedade nas mãos de um só ramo familiar. Ao primogênito, por conseguinte, cabia a totalidade da herança e os demais irmãos nada recebiam a esse título.

^{§§§§} Silvio Rodrigues, *Direito civil*, cit., v. 7, p. 5.

^{*****} Jean Carbonier, *Droit civil*, cit., p. 609.

^{††††} Silvio Rodrigues, *Direito civil*, cit., v. 7, p. 94.

Naquele período a principal finalidade da transmissão hereditária era a de dar continuidade à família, bem como perpetuar os deveres junto ao altar sagrado, deveres estes que foram outrora recebidos pelo *pater* e que, mais tarde, com sua morte, seriam transmitidos ao *heres*.^{####}

O direito anterior ao Código Civil de 1916, após findarem-se as instituições do morgadio e as práticas feudais da sucessão levando-se em conta a primogenitura varonil, instituiu ordem de vocação hereditária de modo a beneficiar, respectivamente, descendentes, ascendentes, colaterais até o décimo grau por direito civil, cônjuge sobrevivente e Estado.

Foi a partir da conhecida Lei Feliciano Pena – Decreto n. 1.839, de 31.12.1907 – que o cônjuge supérstite foi inserido preferencialmente aos colaterais, na ordem de vocação hereditária, bem como foi limitada ao sexto grau a condição destes herdeiros, no que foi seguido pelo Código Civil de 1916.

Com a vigência do Código Civil de 2002, o cônjuge supérstite passa a ocupar lugar de destaque na ordem de vocação hereditária, sendo-lhe, inclusive, atribuída a qualidade de herdeiro necessário ao lado dos descendentes e ascendentes do *de cuius*.

Como esclarece Silvio de Salvo Venosa,^{§§§§§} “O cônjuge vinha, no direito anterior ao Código Civil de 2002, colocado em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, após os descendentes e ascendentes. Não era herdeiro necessário e podia, pois, ser afastado da sucessão pela via testamentária.”

A doutrina sempre propugnou pela inserção do cônjuge supérstite no rol dos herdeiros necessários, o que foi alcançado com o Novo Código Civil. Sua principal razão era a proteção daquele viúvo ou viúva que, findo o regime de bens, não contasse com meios próprios para prover sua subsistência.

Todavia, embora presente a mesma razão de fato, a lei não ofereceu a mesma solução de direito à sucessão hereditária proveniente de união estável, no que afastou-se da conhecida regra de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio* – onde houver a mesma razão, há a mesma disposição legal. No art. 1.845 do Código Civil, o companheiro não foi elencado no rol de herdeiros necessários.^{*****}

5. Pontos de imprecisão na sucessão do companheiro: a conjugação de regras

^{####} Giselda Maria Fernands Novaes Hironaka e Francisco Cahali, *Curso avançado de direito civil*, 2 ed, São Paulo: RT, 2003, v. 6, p. 224.

^{§§§§§} Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, 5 ed, São Paulo: Atlas, 2005, v. 7, p. 137.

^{*****} “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.”

assistemáticas

A sucessão do companheiro vem regulada no art. 1.790 do Código Civil de 2002, no título destinado à sucessão em geral, portanto fora do título destinado à sucessão legítima, a saber:

“Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”

5.1. Limites da participação sucessória do companheiro

De início nota-se que o *caput* limita a sucessão do companheiro sobrevivente apenas aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, de modo que as cotas a que se referem os incisos que o compõem não consideram os demais bens, em relação aos quais o companheiro não participará da herança.

Não está claro na lei como se dará a sucessão em relação aos bens gratuitamente adquiridos pelo autor da herança se este não deixou outros parentes sucessíveis que não o companheiro, já que este só concorre em relação aos adquiridos onerosamente.⁺⁺⁺⁺⁺

Uma situação bastante estranha ocorreria acaso o morto não deixasse herdeiros outros que não o próprio companheiro supérstite. É que neste caso, a prevalecer a literalidade do *caput*, a parte da herança não constituída por bens adquiridos onerosamente na constância da união estável deveria, para se ser lógico, ser considerada vacante, dela beneficiando-se o Estado.

Neste particular observa-se um retrocesso do Código Civil de 2002 em relação ao art. 2

Ademais, uma interpretação sistemática de alguns dispositivos do Código Civil, aponta para direção inversa.

O art. 1.844 determina que a herança se devolve ao Estado na ausência de cônjuge,

⁺⁺⁺⁺⁺ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil comentado*, 6 ed, São Paulo: RT, 2008, p. 1147.

companheiro ou outro parente sucessível.^{#####} O art. 1.819, por sua vez, determina que a herança fica jacente quando alguém falece sem deixar herdeiro legítimo conhecido (aqui incluído o companheiro) ou testamento, caso em que os bens da herança permanecem em tal estado até que sejam entregues a algum sucessor devidamente habilitado, ou até sua declaração de vacância.^{§§§§§§}

Não se nega a imprecisão de linguagem do legislador, bastando que deslocasse a disposição do inc. IV para um parágrafo único, fazendo ressalva às condições do *caput*, para deixar claro que a totalidade da herança caberia ao companheiro sobrevivente na falta de demais parentes sucessíveis.^{*****}

Contudo, o art. 1.790 traz uma vantagem ao companheiro, em comparação à sucessão do cônjuge, porque para esta é importante a verificação do regime de bens, na concorrência com descendentes.⁺⁺⁺⁺⁺ Já na união estável, como se infere do texto legal, o companheiro concorre com descendentes (incs. I e II) independentemente do regime de bens da união estável.^{#####}

5.2. Concorrência com descendentes

No inciso I o dispositivo refere-se a filhos comuns, enquanto que o II a descendentes só do autor da herança o que, de resto, não passa de uma (ou mais uma) impropriedade técnica do legislador.

Uma interpretação literal do inc. I poderia prejudicar o companheiro que, se concorresse com um neto receberia 1/3 nos termos do inc III.

A lei confere ao companheiro cotas distintas quando concorrer com descendentes comuns (1 cota equivalente à daqueles) e com descendentes só do autor da herança (metade da cota que tocar a cada um daqueles).

Aqui a sucessão do companheiro se distancia da do cônjuge, porque este recebe a

^{#####} “Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.”

^{§§§§§§} “Art. 1.819. Falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, ficarão sob a guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância.”

^{*****} Euclides de Oliveira, *Direito de herança: a nova ordem da sucessão hereditária*, 2 ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 177.

⁺⁺⁺⁺⁺ “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”.

^{#####} Via de regra, na união estável vigora o regime da comunhão parcial de bens, regime este que na sucessão do cônjuge, o impede de concorrer com descendentes.

mesma cota dos que receberem os descendentes, quer sejam comuns ao sobrevivente e ao morto, quer sejam exclusivos deste. E ainda, sendo os descendentes comuns, ao cônjuge ainda é reservada a quarta parte da herança, para o caso de concorrer com mais de três daqueles.

Além da distinção em de cotas se o companheiro concorrer com descendentes comuns ou exclusivos do morto, o legislador esqueceu-se, contudo, da hipótese (não rara) de o companheiro sobrevivente concorrer tanto com descendentes (normalmente filhos) comuns ao autor da herança, como também com descendentes só do morto.

Frente a tal lacuna, algumas teorias se desenvolveram, sem que nenhuma delas conseguisse conjugar, com exatidão, a vontade do legislador, frente à necessidade de se aplicar os inc. I e II do art. 1.790 na mesma sucessão. Essas teorias serão aqui, para efeitos didáticos, divididas em três: teoria simplista, teoria de sub-heranças e teoria da proporção.

Para ilustrar cada uma das três teorias a seguir, será utilizado o caso hipotético de o morto ter deixado companheiro e 9 filhos, sendo 6 comuns, e 3 exclusivos do falecido, e um acervo hereditário de R\$ 100.000,00.

a) *teorias simplistas*: existem duas teorias simplistas para o caso de concorrência híbrida, uma aconselhando que se considerem todos os descendentes como comuns, herdando assim o companheiro uma cota igual a que herdar cada um daqueles. Neste caso bastaria dividir a herança (bens onerosamente adquiridos na constância da união estável) por 10 (1 para o companheiro e uma para cada um dos 9 filhos), ficando cada herdeiro com R\$ 10.000,00.

A outra teoria simplista indica que todos os descendentes devem ser considerados como exclusivos do morto, de modo que todos estes receberão cotas iguais, e o companheiro receberá cota equivalente à metade de cada um daqueles. Para facilitar o cálculo, basta que se atribua duas cotas a cada filho, e uma ao companheiro, o que resultaria em 19 cotas (1+18, cada uma no valor de R\$ 5.263,15. Uma delas (R\$ 5.263,15) ficaria com o companheiro, e duas (R\$ 10526,30)com cada um dos 9 filhos.

As teorias simplistas, embora tenham o mérito de tratarem igualmente todos os descendentes, independentemente de origem, ferem na essência o espírito do legislador, que quis dar tratamento diferenciado à concorrência do sobrevivente de um ou de outro

grupo. §§§§§§§§

b) *teoria das sub-heranças*: para a teoria das sub-heranças, a herança seria dividida em duas, numa das quais concorreriam o companheiro e os descendentes comuns, com base no inc. I (todos recebendo cotas iguais), e na outra concorreriam o companheiro e os descendentes exclusivos do morto, com base no inc. II (o companheiro recebendo a metade do que receberem os descendentes exclusivos do morto).

Valendo-se dos dados acima, a herança, inicialmente deve ser dividida em duas sub-heranças, cada uma de R\$ 50.000,00.

Na primeira sub-herança concorreriam com o companheiro os 6 filhos comuns, bastando sua divisão em 7 cotas iguais (1 do companheiro e 6 dos filhos), chegando-se ao valor parcial de R\$ 7.142,85. Esta seria então a cota de cada filho comum.

Já na segunda sub-herança concorrerão o companheiro (recebendo 1 cota) e os 3 filhos exclusivos do morto (cada um destes recebendo 2 cotas). Coincidentemente ter-se-ão 7 cotas (1 do companheiro, e 6 para serem entregues à totalidade dos filhos exclusivos do morto). Então o companheiro receberá outra cota de R\$ 7.142,85 e cada um dos 3 filhos exclusivos o dobro disso, ou seja, R\$ 14.283,70.

No final o companheiro, que participou das duas sub-heranças, teria recebido R\$ 14.283,70, cada um dos 6 filhos comuns R\$ 7.142,85 e cada um dos filhos exclusivos do autor da herança R\$ 14.283,70.

O resultado final disso é a distinção de cotas entre uma classe e outra de descendentes, ferindo de morte o princípio constitucional da igualdade entre os descendentes.

c) *teoria da proporção*: a terceira das teorias seria a da proporção, em que se faria uma média ponderada para se encontrar as cotas do companheiro e a dos descendentes comuns e dos descendentes exclusivos. Neste caso, cada uma dessas classes de herdeiros receberia cota distinta. Gabriele Tusa^{*****} propõe que neste caso o companheiro nem receberia igual (inc. I) nem a metade (inc. II) do que receberá cada um dos descendentes. Receberia um coeficiente que quantifique a proporcionalidade entre as duas qualidades, condicionada pela quantidade de descendentes de cada modalidade.

§§§§§§§§ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Comentários ao Código Civil*, cit., p. 61.

***** Gabriele Tusa, Sucessão do companheiro: concorrência com descendentes comuns e exclusivos do autor da herança, in: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.), *Família e responsabilidade: da teoria e prática do direito de família*, Porto Alegre: Magister, 2010, p. 73.

Para se demonstrar a eficiência desta técnica, aqui serão utilizadas duas situações: a de 6 filhos comuns e 3 exclusivos, concorrendo com o companheiro; e a de 3 filhos comuns e 6 exclusivos, concorrendo com o companheiro.⁺⁺⁺⁺⁺⁺

As fórmulas para se encontrar a cota dos filhos (comuns e exclusivos) e a do companheiro são as seguintes:

$$X = \frac{2(FC + FE) \cdot H}{2(FC + FE)^2 + 2FC + FE}$$

$$C = \frac{2FC + FE}{2(FC+FE)} \cdot X$$

1ª hipótese: 6 filhos comuns, 3 filhos exclusivos do autor da herança e companheiro:

$$X = \frac{2(FC + FE) \cdot H}{2(FC + FE)^2 + 2FC + FE}$$

$$X = \frac{2(6 + 3) \cdot 100}{2(6 + 3)^2 + 2 \cdot 6 + 3}$$

$$X = \frac{18 \cdot 100}{162 + 15}$$

$$X = \frac{18 \cdot 100}{177}$$

$$X = 0,1016949 \cdot 100$$

$$X = 10,16$$

⁺⁺⁺⁺⁺⁺ Na fórmula, deve ser observada a seguinte legenda: X- cota dos filhos; FC – filhos comuns; FE – filhos exclusivos; C – companheiro; e H – acervo hereditário.

$$C = 2FC + FE \cdot X$$

$$\frac{2(FC+FE)}{}$$

$$C = 2.6 + 3 \cdot 10,16$$

$$\frac{2(6+3)}{}$$

$$C = 12 + 3 \cdot 10,16$$

$$\frac{2 \cdot 9}{}$$

$$C = 15 \cdot 10,16$$

$$\frac{18}{}$$

$$C = 0,83 \cdot 10,16$$

$$C = 8,4328$$

Assim, cada um dos 9 filhos receberia R\$ 10.160,00 e o companheiro R\$ 8.432,80.

2ª hipótese: 3 filhos comuns, 6 filhos exclusivos do autor da herança e companheiro:

$$X = 2(FC + FE) \cdot H$$

$$\frac{2(FC + FE)^2 + 2FC + FE}{}$$

$$X = 2(3 + 6) \cdot 100$$

$$\frac{2(3 + 6)^2 + 2 \cdot 3 + 6}{}$$

$$X = 2 \cdot (9) \cdot 100$$

$$\frac{162 + 6 + 6}{}$$

$$X = 18 \cdot 100$$

$$\frac{174}{}$$

$$X = 0,1034482 \cdot 100$$

$$X = 10,34$$

$$C = \frac{2FC + FE \cdot X}{2(FC+FE)}$$

$$2(FC+FE)$$

$$C = \frac{2 \cdot 3 + 6 \cdot 10,34}{2(3 + 6)}$$

$$2(3 + 6)$$

$$C = \frac{12 \cdot 10,34}{18}$$

$$18$$

$$C = 0,6 \cdot 10,34$$

$$C = 6,204$$

Portanto, cada um dos 9 filhos receberia R\$ 10.340,00 e o companheiro R\$ 6.204,00.

Observe que na primeira hipótese a cota do companheiro se aproxima da cota dos filhos, já que a quantidade de filhos comuns é maior, ao passo que na segunda hipótese a cota do companheiro aproxima-se da metade da cota dos filhos, já que aqui a quantidade de filhos exclusivos do autor da herança é maior do que a de filhos comuns.

Inegáveis os méritos da *Fórmula Tusa*, contudo não se liberta dos vícios das teorias anteriormente apontadas, pois trata distintamente o companheiro e os descendentes, nem permitindo que aquele receba meia cota, nem cota inteira.

Enfim, o cobertor é pequeno para cobrir três santos: para onde se puxar, um santo, pelo menos, ficará descoberto.

Melhor é que o texto legal seja revisto o antes possível, para se evitarem maiores injustiças.

5.3. Concorrência com ascendentes e colaterais: demais parentes sucessíveis

No inc. III do art. 1.790 o Código Civil determina que o companheiro, concorrendo com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 da herança.

Outros parentes sucessíveis, para fins do inc. III são os ascendentes e colaterais, já que o próprio companheiro ganha referência autônoma naquele dispositivo, e os descendentes já mereceram tratamento nos incs. I e II.

Receberá o companheiro 1/3 se concorrer com ambos os pais do morto, se concorrer com apenas um deles, permanecerá com 1/3, enquanto que o ascendente receberá os restantes 2/3. Os mesmos 1/3 lhe são deferidos se concorrer com ascendentes mais distantes do morto (avós, bisavós, tataravós etc) apenas variando a cota destes, dentro daqueles 2/3.

O inciso III, da Lei n. 8.971/94, que determinava que, na falta de descendentes e de ascendentes, a herança, em sua totalidade, destinar-se-ia ao companheiro sobrevivente, com exclusão, portanto, dos colaterais.***** Neste sentido, confira-se por oportuno ementa a seguir reproduzida:

“UNIÃO ESTÁVEL. HERANÇA DO COMPANHEIRO. Como o óbito do companheiro da autora ocorreu na vigência das Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, que definem a capacidade sucessória na união estável, e o de cujus não deixou descendentes nem ascendentes, ela deve ser chamada a suceder, pois ocupa o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, fazendo jus à totalidade da herança deixada, e não apenas ao patrimônio adquirido durante a convivência marital. Recurso desprovido.” (TJ-RS – 7ª C. Civ. – A. C. 70007457294 – Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – j. em 10.12.2003 – v. u.)”.

Deveras o princípio da democracia social aponta para a proibição de retrocesso, cuja ideia é que os direitos sociais uma vez alcançados e conquistados passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. Então tais direitos estão subtraídos à livre disposição oportunista do legislador, tendente a operar uma diminuição de direitos adquiridos. §§§§§§§§

O texto do art. 1.790 acabou por privilegiar parentes mais distantes em detrimento do companheiro sobrevivente, indo de encontro à preponderância do afeto nas relações

***** “Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns; II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.”

§§§§§§§§ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 6 ed, Coimbra: Almedina, 1993, p. 468-469.

familiares.

Neste sentido anota Zeno Veloso^{*****} que “na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de quarto grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o atual Código Civil brasileiro, que começou a vigorar no Terceiro Milênio, resolve que o companheiro sobrevivente que formou família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar sozinho se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do de cujus. Temos de convir: isso é demais!”.

5.4. Da sucessão anômala: a dupla qualidade de herdeiro do companheiro

É possível ainda se vislumbrar um caso em que a sucessão do companheiro foge das rédeas (curtas e frágeis rédeas) do legislador.

Primeiramente cabe lembrar que, diferentemente do que se passa na sucessão do cônjuge, o companheiro não exclui os parentes colaterais, conforme se infere do inc. III. Sabe-se também que o casamento (ou união estável) entre primos (ou até mesmo entre tio e sobrinho) não encontra óbice no ordenamento vigente.

Pois bem, na sucessão de um casal de primos que vive em união estável sem que tenham havido descendentes, o sobrevivente guardaria a qualidade de companheiro sobrevivente e a de parente sucessível. Neste caso, poderia ele participar da sucessão legítima tanto a título de companheiro como de primo, com base no inc. III?

Exemplificando, João e José são primos; José e Joana são primos e constituíram união estável sem que haja descendentes. Falecendo José Joana receberia 1/3 a título de companheira, e concorreria nos outros 2/3 com João, a título de parentes sucessíveis?

Se a resposta fosse negativa, poderia então Joana escolher a que título preferiria herdar, se como companheira para receber somente 1/3, ou como prima para receber em igualdade com o primo João?

E o princípio da operabilidade, fica aonde mesmo?

5.5. Concorrência com cônjuge supérstite: o silêncio frente ao óbvio

Por fim, é ainda possível que um dos companheiros ainda conserve o vínculo conjugal,

^{*****} Zeno Veloso, *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 180-181.

mas seja separado juridicamente ou de fato, nos termos do art. 1.723, § 1º, do Código Civil de 2002, o que não implica em impedimento para a união estável.

Contudo tal situação pode levar o companheiro sobrevivente a ver-se concorrendo com o cônjuge sobrevivente, já separado de fato do companheiro/cônjuge morto.

Veja-se na situação de concorrer com o cônjuge sobrevivente.

A única restrição à sucessão do cônjuge separado de fato é a do art. 1.830, que o afasta se a separação for superior a dois anos. Se igual ou inferior a dois anos, a única solução que ofereceria o art. 1.790 seria a de o companheiro concorrer em relação aos bens onerosamente adquiridos na constância da união estável e, por via de consequência, o cônjuge concorreria em relação aos demais bens, adquiridos antes da união estável.

6. A união estável homoafetiva e suas implicações no direito de herança:

preconceito e conceito

Com a entrada em vigência do Código Civil de 2002, praticamente é repetida a definição legal de união estável, que já constava da Lei n. 9.278 de 1996, como sendo a entidade familiar formada entre um homem e uma mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família. Nenhuma referência é feita à união entre pessoas do mesmo sexo, restringindo o Código a repetir o quanto já disposto no § 3º do art. 226 da Constituição de 1988.⁺⁺⁺⁺⁺⁺⁺

A união entre pessoas do mesmo sexo vinha recebendo tratamento idêntico àquele outrora dispensado à união entre pessoas de sexos distintos pelo Código Civil de 1916: algo informal, quando muito capaz de ensejar uma sociedade de fato.

Miguel Reale⁺⁺⁺⁺⁺⁺⁺ afirmava não ter sentido a crítica de que, por ter durado tanto sua elaboração, o Código Civil de 2002 teria sido aprovado com várias omissões ou lacunas, como as relativas à união de pessoas do mesmo sexo. Afirmava que a matéria extrapolaria os lindes do Código Civil, concluindo que “o que essa união não pode é ser tratada como união estável, pois o § 3º do já lembrado art. 226 da Constituição só a admite quando constituída por um homem e uma mulher.”

Nesta linha, na primeira oportunidade em que se pronunciou sobre a divisão *causa mortis* de bens entre casal homoafetivo, o Superior Tribunal de Justiça operou a partilha à luz do direito das obrigações, reconhecendo haver entre o par nada mais do que uma

⁺⁺⁺⁺⁺⁺⁺ Euclides de Oliveira, *Direito de herança*, cit., p. 153.

⁺⁺⁺⁺⁺⁺⁺ Miguel Reale, *História do novo Código Civil*, São Paulo: RT, 2005, p. 212-213.

sociedade de fato, a saber:

“SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. O PARCEIRO TEM O DIREITO DE RECEBER A METADE DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM, RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO COM OS REQUISITOS NO ART. 1363 DO C. CIVIL. [...]” (STJ – 4ª t. REsp. 148.897-MG – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. Em 10.02.1998 – v. U.).

Não parece que a opinião que acima se fez referência coaduna-se com a ideia de mínimo de liberdade.

Ocorre que o direito regula o comportamento humano tanto em sentido positivo, enquanto prescreve uma tal conduta, ligando uma sanção à conduta oposta, proibindo-a; tanto em sentido negativo, na medida em que não liga uma sanção a determinada conduta, e assim nem proíbe tal conduta, nem prescreve a conduta oposta. E uma conduta que não é juridicamente proibida é, em sentido negativo, permitida. §§§§§§§§§§

Mas aquela ideia restritiva ainda preponderaria por um pouco mais de tempo. Ao conceituar o casamento^{*****}, Maria Helena Diniz entende-o cabível apenas perante a diversidade de sexos dos cônjuges, embora reconheça que a procriação dos filhos é uma consequência lógico-natural, mas não essencial do matrimônio.

E se a reprodução não é finalidade essencial da entidade familiar, não se justificaria deixar ao desabrigo do conceito de família a convivência entre pessoas do mesmo sexo. Se o centro de gravidade das relações de família situa-se modernamente na mútua assistência afetiva (que é perfeitamente possível de ser encontrada em duplas homossexuais), a união homoafetiva não pode ser excluída da proteção constitucional, pois se restar estabelecida autêntica *affectio maritalis* entre pessoas do mesmo sexo, configura-se uma comunidade familiar. ††††††††††

Pablo Stolze Gagliano^{††††††††††} observa que a união entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo do que ocorreu com a união estável entre homem e mulher e com a família monoparental, tem passado por um processo lento, posto indisfarçável, de reconhecimento jurídico e social. E se se partir da ideia de que o conceito de família é de cunho

§§§§§§§§§§ Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, 6 ed, trad. Joaquim Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 46.

***** Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, 22 ed, São Paulo: Saraiva, 2007, v. 5, p. 36.

†††††††††† Maria Berenice Dias, *União homoafetiva*, cit., p. 128-129.

†††††††††† Pablo Stolze Gagliano, *O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e seus efeitos no direito de família e das sucessões*, 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159.

socioafetivo, forçoso convir que não poderia, nem o constituinte, nem o legislador pretender esgotar, em uma definição técnica e apriorística, o que se entende por família .

Observa-se, no entanto, que a união estável entre pessoas do mesmo sexo não consta (ao menos expressamente) do texto do art. 226 da Constituição, tampouco do art. 1.723 do Código Civil, que assim determina:

“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.”

Observa Jean Cruet^{§§§§§§§§§§} que “a lei marca uma parada do direito. Ora, se o direito para, é necessariamente excedido, porque enquanto o legislador repousa sobre um código, a sociedade vai trabalhando sempre.” Ainda em suas lições, “a evolução não consiste num desenrolar ininterrupto e retilíneo de transformações uma da outra procedente pela virtude oculta de um princípio interno. As não evoluem por evoluir, evoluem para se adaptarem, e o progresso resulta de uma pressão exterior, do choque inesperado de uma invenção vindo a produzir-se na ordem material, intelectual ou moral.”^{*****}

A realidade demonstra que, graficamente, o texto de um dispositivo legal pode permanecer o mesmo desde o momento de sua publicação, mas seu significado ou conteúdo pode sofrer modificações com o evoluir dos tempos. Daí a justificação da variação de sentidos de uma norma ao longo dos tempos, e em razão das transformações de valores de dada sociedade que, a despeito de a gramática legislativa poder permanecer intacta, o preceito legal existe para acompanhar e atender as necessidades presentes na realidade social.

Há momentos, portanto, em que a lei diz menos do que deveria ter dito, hipóteses em que o intérprete deve lançar mão de uma técnica hermenêutica denominada de

^{§§§§§§§§§§} Jean Cruet, *A vida do direito e a inutilidade das leis*, trad. Livraria Progresso, Salvador: Progresso, 1956, p. 194.
^{*****} Jean Cruet, *A vida do direito*, cit., p. 49-50.

interpretação extensiva.

Trata-se de técnica de interpretação que amplia o sentido da norma para além do que está contido em sua letra, sem que haja desrespeito à *ratio legis*, já que o legislador racional não poderia deixar de prever casos que aparentemente, por uma interpretação meramente especificadora, não seriam alcançados.⁺⁺⁺⁺⁺

A interpretação extensiva liga-se à existência de uma norma em sua particularidade, em face de outro querer jurídico. Essa interpretação caracteriza-se pela busca de uma ideia dilatada, estendida, desenvolvida, até compreender outro fato implicitamente abrangido pela norma interpretada, de modo a submeter mais de uma hipótese prática, a uma única norma legal. Enfim, é técnica que completa norma já existente, trata de espécie já regulada em lei, enquadrada no sentido de um preceito explícito, embora não se compreenda na letra deste.⁺⁺⁺⁺⁺

Portanto, a constatação de uma omissão constitucional e legal, não permite concluir pelo conservadorismo do intérprete, o que se constata dos julgados a seguir, muito embora ali se faça menção à analogia e não à interpretação extensiva:

“CIVIL. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EMPREGO DA ANALOGIA.

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

2. É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual, uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda com tal propósito. Competência do juízo da vara de família para julgar o pedido.

3. Os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil autorizam o julgador a reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo.

⁺⁺⁺⁺⁺ Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*, 4 ed, São Paulo: Atlas, 2003, p. 297.

⁺⁺⁺⁺⁺ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19 ed, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 175.

4. A extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

5. A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual.

6. Recurso especial desprovido.” (STJ – 4ª t. – Resp. 827.962-RS – Rel. Min. João Otávio de Noronha – j. Em 21.06.2011 – v. U.).

“DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO OMOAFETIVA POST MORTEM. DIVISÃO DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO AO LONGO DO RELACIONAMENTO. EXISTÊNCIA DE FILHO ADOTADO PELO PARCEIRO FALECIDO. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM.

1. Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela. Essa circunstância não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para regular as relações contextualizadas em uma sociedade pós-moderna, com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.

2. Os princípios da igualdade e da dignidade humana, que têm como função principal a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, justificam o reconhecimento das parcerias afetivas entre homossexuais como mais uma das várias modalidades de entidade familiar.

3. O art. 4º da LICC permite a equidade na busca da Justiça. O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidades familiares, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização de entidade familiar diversa e que serve, na hipótese, como parâmetro diante do vazio legal - a de união estável - com a evidente exceção da diversidade de sexos.

4. Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e

duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem a ocorrência dos impedimentos do art. 1.521 do CC/02, com a exceção do inc. VI quanto à pessoa casada separada de fato ou judicialmente, haverá, por consequência, o reconhecimento dessa parceria como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos.

5. Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, em nome de um apenas ou de ambos, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos, é presumida.

6. Recurso especial não provido.” (STJ – 3ª t. – Resp. 1.199.667-MT – Min. Rel. Nancy Andrighi – j. em 19.05.2011 – v. u.).

Embora seja inafastável a relevância dos julgados acima, é de se constatar que seus efeitos são meramente interpartes, por força dos limites subjetivos da coisa julgada, que restringem seu mandamento às partes, e não pode beneficiar ou prejudicar terceiros. §§§§§§§§§§

Prosseguindo neste panorama evolutivo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132-DF em concomitância com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277-RJ, decidiu, com efeito vinculativo a todos os demais órgãos do Poder Judiciário nacional, pela interpretação conforme à constituição do texto do art. 1.723 do Código Civil, já reproduzido.

A interpretação conforme a Constituição é técnica de hermenêutica constitucional que não se trata em rigor de um método de interpretação da Constituição, mas de alguma lei ordinária de acordo com a Constituição.

Ocorre que uma norma pode assumir várias interpretações, dentre as quais algumas se compatibilizam com a Constituição, ao passo que outras não. A norma, se interpretada conforme a Constituição, será considerada compatível com a ordem constitucional, evitando-se assim sua retirada do sistema. *****

Em seu voto, o Ministro Ayres Brito deixou consignado que a união estável homoafetiva é “vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por

§§§§§§§§§§ Cássio Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de direito processual civil*, 2 ed, São Paulo: Saraiva, 2007, t. 1, p. 394.
..... Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 18 ed, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 518.

qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de uma mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de um voluntário navegar por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a experimentação de um novo a dois que se alonga tanto que se faz universal. [...] Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.”

Pois bem, se assim o é, às uniões homoafetivas aplicam-se as mesmas regras sucessórias previstas no art. 1.790 do Código Civil para as uniões estáveis heteroafetivas, já apresentadas e discutidas no item 5 deste trabalho. E se a lei facilitará a conversão da união estável em casamento – diz o § 3º do art. 226 da Constituição – a união homoafetiva, uma vez convertida em casamento, sofrerá a incidência do art. 1.829 do Código Civil, no tocante à sucessão entre cônjuges.

7. Casamento de pessoas do mesmo sexo

Não obstante o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal, com efeitos *erga omnes*, o caminho para o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo não é simples. Por amostragem, cita-se julgado datado de 2009, em que duas gaúchas dirigiram-se ao Cartório de Registro Civil para darem entrada na habilitação para o casamento, sendo-lhes negado tal direito. Inconformadas, ajuizaram ação perante a competente Vara de Registros Públicos, cujo pedido de habilitação para o casamento fora julgado improcedente. Em seguida interpuseram recurso de apelação ao Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sendo seu pleito novamente rejeitado, a saber:

“APELAÇÃO CÍVEL. CASAMENTO HOMOSSEXUAL. HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ENTIDADE FAMILIAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 1.514, 1.517, 1535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL QUE TIPIFICAM A REALIZAÇÃO DO CASAMENTO SOMENTE ENTRE HOMEM E MULHER. Ao contrário da legislação de alguns países, como é o caso, por exemplo, da Bélgica, Holanda e da Espanha, e atualmente o estado de Massachussetts, nos USA, que prevêm o casamento homossexual, o direito brasileiro não prevê o casamento entre pessoas do mesmo

sexo. Na hipótese, a interpretação judicial ou a discricionariedade do Juiz, seja por que ângulo se queira ver, não tem o alcance de criar direito material, sob pena de invasão da esfera de competência do Poder Legislativo e violação do princípio republicano de separação (harmônica) dos poderes. Ainda que desejável o reconhecimento jurídico dos efeitos civis de uniões de pessoas do mesmo sexo, não passa, a hipótese, pelo casamento, instituto, aliás, que já da mais remota antiguidade tem raízes não somente na regulação do patrimônio, mas também na legitimidade da prole resultante da união sexual entre homem e a mulher. Da mesma forma, não há falar em lacuna legal ou mesmo de direito, sob a afirmação de que o que não é proibido é permitido, porquanto o casamento homossexual não encontra identificação no plano da existência, isto é, não constitui suporte fático da norma, não tendo a discricionariedade do Juiz a extensão preconizada de inserir elemento substancial na base fática da norma jurídica, ou, quando não mais, porque o enunciado acima não cria direito positivo. Tampouco sob inspiração da constitucionalização do direito civil mostra-se possível ao Juiz fundamentar questão de tão profundo corte, sem que estejam claramente definidos os limites do poder jurisdicional. Em se tratando de discussão que tem centro a existência de lacuna da lei ou de direito, indesviável a abordagem das fontes do direito e até onde o Juiz pode com elas trabalhar. Ainda no que tange ao patrimônio, o direito brasileiro oferta às pessoas do mesmo sexo, que vivam em comunhão de afeto e patrimônio, instrumentos jurídicos válidos e eficazes para regular, segundo seus interesses, os efeitos materiais dessa relação, seja pela via contratual ou, no campo sucessório, a via testamentária. A modernidade no direito não está em vê-lo somente sob o ângulo sociológico, mas também normativo, axiológico e histórico. APELAÇÃO DESPROVIDA. (SEGredo DE JUSTIÇA)” (TJ/RS – 7ª c. Civ. – A. C. 70030975098 – Rel. José Conrado Kurtz de Souza – j. em 30.09.2009).

É comum na doutrina a afirmação de que a diversidade de sexos é pressuposto de existência do casamento, de tal modo que, segundo alguns, se um dos cônjuges submeter-se a cirurgia para mudança de sexo na constância do casamento, o vínculo deixaria de existir por falta superveniente daquele pressuposto. Neste sentido pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a matéria:

CIVIL. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EMPREGO DA ANALOGIA.

1. "A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia

anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como

norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas".

2. É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual, uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda com tal propósito. Competência do juízo da vara de família para julgar o pedido.

3. Os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil autorizam o julgador a reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo.

4. A extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

5. A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual.

6. Recurso especial desprovido. (STJ – 4ª t. – Resp. 827.962/RS – Rel. Min. João Otávio de Noronha – j. 21.06.2011 – v. u.).

É certo que essa decisão só produz efeitos entre as partes (diferentemente daquela do Supremo Tribunal Federal que reconheceu com efeitos gerais a união estável homoafetiva) não vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário, embora seja inegável sua função de orientação para outros casos idênticos. Como um dos primeiros efeitos de orientação da repercussão do REsp. 827.962/RS, a Corregedoria-Geral da Justiça de Alagoas publicou o Provimento n. 40, de 06.12.2011, autorizando os cartórios daquele Estado a concederem habilitação para casamento entre pessoas do mesmo sexo.

8. Conclusões

Apresentado o panorama histórico e jurídico do reconhecimento da união estável, inclusive homoafetiva, como entidade familiar, observa-se que a legislação vigente é pródiga em lacunas e imprecisões.

O direito, que sempre evolui aquém dos fatos sociais, não conseguiu consagrar-se minimamente atual frente às transformações do conceito de entidade familiar e à

necessidade de constitucionalização do direito privado. Anota Luiz Edson Fachin⁺⁺⁺⁺⁺ que a representação jurídica de um fenômeno é algo estático que, por tal razão, é passível de ser fotografada. Mas o conjunto de valores dominantes em dado momento, por via inversa, é algo dinâmico, de tal maneira que quando os fatos se alteram, igualmente alteram-se os valores.

Há pontos de injustiça, de desprezo ao princípio da isonomia em situações semelhantes (sucessão na união estável e no casamento) que recebem tratamentos distintos, quando não haveria razões para tanto.

Talvez o ponto de maior descontentamento esteja na sucessão legítima na união estável, que se dá, em geral, de forma desvantajosa se comparada à do casamento, já que o companheiro sobrevivente não prefere a nenhum parente sucessível, nem mesmo aos colaterais.^{#####}

Por fim, a mesma resistência que outrora atingia a união estável heteroafetiva, agora assombra a união homoafetiva: tratar uma entidade familiar como sociedade empresária, sujeita ao direito das obrigações, destrata, malferre, cala, aquilo que a Constituição tem de mais eloqüente: o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de qualquer ordem, inclusive de orientação sexual.

Muito ainda se tem a evoluir, mas a doutrina e a jurisprudência, certamente, têm feito sua parte.

8. Referências bibliográficas

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. t. 1.

CAHALI, Francisco; HIRONAKA, Giselda. *Curso avançado de direito civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. vol. 6.

⁺⁺⁺⁺⁺ Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil*, 2 ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 272.

^{#####} Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil comentado*, cit., p. 1147.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARBONIER, Jean. *Droit civil*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1957. t. 1.

CRUET, Jean. A vida do direito e a inutilidade das leis. Tradução de Livraria Progresso. Salvador: Progresso, 1956.

DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRONAKA, Giselda. In: AZEVEDO Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de Joaquim Babtista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. ***Hermenêutica e aplicação do direito***. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Leçons de droit civil*. 7. ed. Paris: Montchristien, 1995. t. 1. v. 3.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Euclides. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão hereditária*. 2. ed.

São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 6.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister, 2010.

REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

_____ *Direito civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7._____.

VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 7.