

O direito sucessório do companheiro homossexual

10/09/2009 | Autor: Suzana Santi Cremasco

O DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL

Suzana Santi Cremasco^[1]/^[2]

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. O Direito como ciência social aplicada e as relações homoafetivas como fato social com implicações na ordem jurídica. 3. A inexistência de regramento acerca da manutenção de relações homoafetivas: a existência de lacuna na lei e a possibilidade de utilização da analogia e de princípios do Direito. 4. Os critérios para a caracterização da união estável homoafetiva. 5. O direito sucessório do companheiro homossexual. 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

1. Considerações iniciais:

As minhas reflexões sobre a questão do direito sucessório do companheiro homossexual surgiram há aproximadamente três anos, quando tomei conhecimento de um caso concreto que chegou até o escritório.

Na oportunidade, fomos procurados por um senhor de idade já avançada, que relatou ter vivido por cerca de 40 anos em companhia de outro senhor, mais ou menos da mesma idade, e que dessa união se originou não só um projeto de vida em comum, mas também um patrimônio significativo, composto por inúmeros bens de grande valor.

Durante a convivência, os companheiros chegaram a realizar testamentos em favor um do outro. Mas tanto por conta da previsão contida no art. 1863 do Código Civil, que proíbe expressamente a realização de testamentos conjuntivos recíprocos, quanto pelo fato de o patrimônio do casal ter aumentado continuamente ao longo do tempo, as declarações de última vontade firmadas por eles não contemplavam a totalidade dos bens adquiridos na constância da união.

Com o falecimento do seu companheiro em decorrência de complicações de saúde e diante do fato de ele ter deixado duas irmãs - parentes colaterais de 2º grau e, enquanto tal, herdeiras legítimas na sua sucessão - o sobrevivente entrou em contato com o escritório a fim de que propuséssemos uma alternativa minimamente justa para a partilha de bens que sobreviria com o inventário.

Por conta do total acaso, as irmãs do *de cujus*, sem maiores dificuldades, acabaram aceitando uma proposta de acordo para a divisão do montante hereditário, talvez porque cientes e conscientes de que o cliente, de fato, havia sido o parceiro do irmão delas durante toda a vida e por que não ambicionavam se apossar de todo o patrimônio.

Em razão da postura irrepreensível das herdeiras legítimas do falecido - que a teor do texto frio do art. 1829 do Código Civil, seriam as únicas habilitadas para a divisão da herança - optou-se, então, por fazer uma escritura pública de reconhecimento e dissolução da sociedade de fato que existiu entre os companheiros, com a consequente partilha de bens entre o sobrevivente e as sucessoras, levando-se em consideração não só a meação do companheiro, mas, igualmente, as regras do direito da sucessão. Essa escritura, após enfrentar entraves para a sua lavratura e registro perante alguns dos cartórios de Belo Horizonte, embora não com a Fazenda Pública Estadual no tocante ao recolhimento do imposto de transmissão (ITCD), acabou sendo homologada, sem qualquer censura, por parte do MM. Juiz responsável pela presidência do inventário.

Desde então, me pus a pensar no que aconteceria se as irmãs do falecido agissem como, em regra, a imensa maioria das pessoas costuma agir em situações assim e exigissem o cumprimento estrito do preceito contido no art. 1829 do Código Civil. Me perguntei o que aconteceria em casos como esses: será que aquele companheiro que se manteve em uma união com o outro por 40 anos (e não por 40 meses ou por 40 dias) ficaria sem qualquer direito à herança daquele que faleceu? Assegurar-se-ia a ele, apenas e tão somente, a meação, o direito obrigacional decorrente do reconhecimento de sociedade de fato ou eventual quinhão que tivesse sido contemplado em testamento? E naquelas situações em que os herdeiros do falecido o tivessem rejeitado durante a vida por conta da sua orientação sexual? Eles seriam preferidos na sucessão em relação ao companheiro? E quando o falecido não tivesse qualquer herdeiro? Declarar-se-ia a herança vacante, com a consequente entrega de todos os bens do monte para a Fazenda Pública? Para além de correto ou justo, seria essa uma solução propriamente jurídica?

Ao longo das minhas reflexões e na busca incessante de respostas para cada uma dessas indagações, procurei construir uma solução que não estivesse embasada, tão-só, no discurso bandeirista da necessidade de se assegurar a tutela específica de direitos de uma minoria que hoje representa aproximadamente 10% da população brasileira, ou seja, um universo de 20 milhões de pessoas. Outrossim, me preocupei sobremaneira, também, em afastar as minhas ponderações de qualquer tipo de

juízo de valor - moral, ético, religioso, psicológico, político ou social - em torno da homoafetividade e, igualmente, em evitar ao máximo sustentá-las naqueles que, para mim, são dois dos conceitos mais difíceis e relativos que existem dentro do Direito: a justiça ou a injustiça de uma determinada situação.

As reflexões, como não poderia deixar de ser, tiveram por escopo também a análise de julgados que tratassem a respeito do tema. E foi justamente o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sempre marcado pelas posições de vanguarda de seus membros, que contém um dos primeiros e únicos acórdãos no país reconhecendo o direito sucessório ao companheiro homossexual, nos seguintes termos:

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.** Aplicação analógica das Leis n.º 8.871/94 e 9.278/96. Por maioria, negaram provimento, vencido o revisor[3].

O julgado, sem dúvida, é um marco no direito brasileiro em matéria sucessória e embora tenha perdido a oportunidade de esmiuçar a questão da sucessão homoafetiva de forma mais profunda, reforça várias das proposições que serão expostas a seguir e que tiveram como norte a busca por uma solução eminentemente jurídica do problema, que surgisse a partir de uma interpretação sistemática dos princípios e regras que regem o ordenamento jurídico e que se revelasse como uma alternativa harmônica e viável para resolver a controvérsia, sem a necessidade de alteração legislativa.

No curso do trabalho, não tive, absolutamente, a pretensão de esgotar o tema que, sem dúvida, é um dos mais complexos e delicados dentro do moderno direito de família e das sucessões, mas apenas e tão somente a intenção de lançar aqui as bases para o debate que, estou convencida, mais cedo ou mais tarde, liberais e conservadores deverão necessariamente enfrentar.

Tenho consciência, ainda, de que não estarei imune às críticas, que certamente virão - como já vieram, e em larga escala, desde a primeira vez que mencionei a questão e que também foram enfrentadas pela Des. Catarina Martins, no julgado do TJRS. Mas se é certo que o caminho a ser percorrido quanto ao problema sucessório homoafetivo é longo - e talvez encontre na necessária mudança de mentalidade e paradigma dos operadores a sua maior dificuldade - é igualmente certo também que os primeiros - e porque não dizer - mais importantes passos já estão sendo dados.

2. O Direito como ciência social aplicada e as relações homoafetivas como fato social com implicações na ordem jurídica

O Direito integra o rol das ciências sociais aplicadas, que, como cediço, têm como foco desvendar as necessidades humanas e os seus impactos na vida em sociedade. E talvez não exista "ciência que toque mais de perto às questões imediatas da vida que o Direito"[4], na medida em que "não é preciso aprofundar-se na análise para ver que a atividade de cada um de nós é limitada, regrada, modelada pelo direito. De manhã à noite, tudo o quanto fazemos está sob o signo de regras que, se permanentes, ou pretendendo ser tais, e obrigatórias, assumem teor jurídico"[5].

Essas regras, que formam o conteúdo basilar do Direito, surgem a partir da necessidade de regulamentar determinados fatos sociais que se sucedem dentro de cada uma das relações estabelecidas entre dois ou mais indivíduos da sociedade, com vistas a assegurar o bem comum. Embora sendo um fenômeno inequivocamente humano, "o direito apresenta-se como fenômeno social, pois na vida social ele se revela"[6] como um mecanismo de controle, que "tem em mira o bem da convivência entre os membros da sociedade, ou o bem comum, que é tal não apenas por ser de todos, mas porque deve reverter sobre cada um"[7].

Nas suas variadas modalidades, a simples existência de pessoas - físicas ou jurídicas - que se relacionam entre si, entes e bens é sempre marcada por uma sucessão permanente e encadeada de fatos, afinal, grosso modo, "tudo o que nos cerca, física ou psiquicamente, são fatos"[8]. E mesmo o mundo no qual vemos acontecerem os fatos, em verdade, nada mais é do que "a soma de todos os fatos que ocorreram e o campo em que os fatos futuros se vão dar"[9].

Tomada essa concepção, é conseqüência inevitável e inafastável a constatação de que a relação que se estabelece entre duas pessoas do mesmo sexo - e que ocorre com algumas dezenas de milhões de casais ao redor do mundo - é um fato social, uma realidade cuja existência é inequívoca, que pode ser encontrado em pessoas de todas as idades, integrantes de todas as classes sócio-culturais e sócio-econômicas, em todos os Estados da Federação, nas grandes e pequenas cidades, nos bairros nobres, no centro e na periferia, sem distinção e independentemente de que cada um de nós concorde com isso ou não.

O Direito tem que se adaptar rapidamente às mudanças ocorridas na sociedade, sobretudo na esfera das relações afetivas, de modo a continuar realizando aquele que é o seu objetivo basilar, qual seja: manter a coletividade em paz, ordem e segurança. Nesse contexto, há a necessidade, destarte, de que o Direito responda às exigências, cada vez maiores, da realização do indivíduo em todos os seus planos de existência - inclusive no plano afetivo e relacional - e se adapte aos descompassos e rupturas enfrentadas nas relações humanas.

Nos moldes em que estão inseridas na sociedade nos dias de hoje, as relações homoafetivas não podem ser simplesmente desconhecidas ou negadas, sobretudo porque vêm produzindo repercussões em diversos setores dentro do próprio Direito.

Como assentou a Des. Catarina Martins no voto proferido no julgado outrora citado:

"Entendo que as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo são uma realidade nos dias atuais e não pode, o operador do Direito, à custa de manter intacto determinado dispositivo legal, manter à margem do Direito e da própria sociedade os anseios daqueles que não se enquadram no conceito tradicional de família" (p. 3).

E, igualmente, o Des. José Carlos Teixeira Giorgis, também do TJRS, por ela invocado:

"Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevando sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade".

O reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões homoafetivas ficam evidentes com a notícia de casos de: a) concessão de benefícios ao companheiro pelo INSS e por planos de previdência privada, b) a inclusão do companheiro como dependente do titular de plano de saúde, c) a isenção pela Fazenda Pública, no caso do Estado de Minas Gerais, da incidência do imposto de transmissão sobre quinhão correspondente à meação de companheiro homossexual, d) o reconhecimento de direito a alimentos e proteção do bem de família do casal homoafetivo, e) o direito à adoção conjunta de crianças, e f) o estabelecimento de direito de visita de filhos comuns da relação homoparental.

Esses impactos, por sua vez, me permitem dizer, talvez de forma ousada e ao arrepio dos mais conservadores, de que ela não se trata apenas de um fenômeno social com alguma repercussão na ordem jurídica, mas de um fenômeno jurídico, ainda que a inexistência de norma que o regule me impossibilite, tecnicamente, de classificá-la como fato jurídico^[10].

Tal posição ganha força, quando se tem em conta que o ordenamento jurídico brasileiro, em nenhum dos seus diplomas^[11], proíbe, condena ou desaconselha a formação de uniões entre pessoas do mesmo sexo, limitando-se, ainda que em detrimento da realidade flagrante, a não tecer qualquer regulamentação específica a seu respeito.

3. A inexistência de regramento acerca da manutenção de relações homoafetivas: a existência de lacuna na lei e a possibilidade de utilização da analogia e dos princípios do Direito

De fato, a ordem jurídica brasileira carece de qualquer legislação que regulamente, de forma expressa e categórica, as relações homoafetivas, bem como todos os efeitos jurídicos delas decorrentes^[12].

Tal situação, que revela, pelo menos num primeiro momento, uma aparente indiferença das normas existentes no tocante à homossexualidade e suas repercussões, traz consigo duas correntes doutrinárias opostas entre si:

a) de um lado, aquela que sustenta "que o sistema jurídico forma um todo orgânico sempre bastante para disciplinar todos os comportamentos humanos"^[13], inexistindo, mesmo quando patente a ausência de disciplina quanto a um fenômeno determinado, qualquer espécie de lacuna. A opção do legislador por não estabelecer regras para um dado fato ou comportamento seria por si só suficiente para qualificá-lo como não jurídico e, como tal, impassível de produzir qualquer efeito nessa seara. Para os adeptos dessa orientação, qualquer tentativa de reconhecimento de efeitos jurídicos à união entre pessoas do mesmo sexo se caracterizaria como impossibilidade jurídica do pedido^[14] e, portanto, deveria ser de plano indeferida pelo magistrado, com fulcro no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, que dispõe: "Extingue-se o processo, sem resolução de mérito quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual".

b) De outro lado, há uma segunda corrente para a qual "por mais perfeito que seja, o sistema não pode prever todas as situações de fato que, constantemente, se transformam, acompanhando o ritmo instável da vida"[\[15\]](#). A incompletude e as lacunas daí decorrentes não só existem, como são extremamente salutares para evitar o completo engessamento da engrenagem e permitir que ela se adapte à complexidade, às transformações e à evolução da vida em sociedade.

Com efeito, "o direito é uma realidade dinâmica, que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-as, adaptando-as às novas exigências e necessidades da vida, inserindo-se na história, brotando do contexto cultural. A evolução da vida social traz em si novos fatos e conflitos, de modo que os legisladores, diariamente, passam a elaborar novas leis; juízes e tribunais, de forma constante, estabelecem novos precedentes e os próprios valores sofrem mutações devido ao grande e peculiar dinamismo da vida. Abarca o direito experiências históricas, sociológicas e axiológicas que se complementam. Logo, as normas por mais completas que sejam, são apenas uma parte do direito, não podendo identificar-se com ele"[\[16\]](#). Enquanto tal, é impossível se pensar na existência de um sistema jurídico - salvo, talvez, no plano ideal - no qual as omissões do legislador sobre alguns temas não estejam presentes e, por conseguinte, a ocorrência de lacunas seja evidente.

Tanto é assim que, no caso específico do ordenamento jurídico brasileiro, o próprio legislador contemplou a possibilidade da existência de lacunas ao inserir o enunciado do art. 4º do Decreto-lei n.º 4.657/42 - Lei de Introdução do Código Civil, que determina que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". O sistema jurídico pátrio, vale dizer, não só admite e reconhece que ele não será capaz de regular todos os fatos da vida que deveriam ser objeto de disciplina, como prescreve quais são os mecanismos e recursos que deverão ser utilizados pelo juiz, no caso concreto, para solucionar a questão.

A existência de lacunas - como aquela que é observada no tocante à questão homossexual - é uma constatação inquestionável, inerente às limitações impostas à condição humana do legislador - cujo imaginário, deve-se reconhecer, é bem mais restrito do que as situações que podem ocorrer na realidade - e autoriza que o intérprete se valha de outras fontes para preencher a omissão e compor aqueles conflitos que, em princípio, não encontram qualquer espécie de regramento a seu respeito.

O primeiro instrumento supletivo previsto para a integração da lacuna é, justamente, a analogia, recurso fundado na igualdade jurídica, que "consiste no processo lógico, pelo qual o aplicador do direito estende o preceito legal aos casos não diretamente compreendidos em seu dispositivo. Pesquisa a vontade da lei, para levá-la às hipóteses que a literalidade de seu texto não havia mencionado"[\[17\]](#).

Para que a utilização da analogia seja possível no caso concreto, é indispensável a observância de alguns requisitos, dentre os quais: a) a existência de uma hipótese não prevista no ordenamento, porque, do contrário, se trataria apenas de uma interpretação extensiva; b) a existência de semelhança entre a hipótese contemplada no texto legal que será aplicado e aquela que está sendo examinada, ocorrendo entre as duas elementos de identidade; e c) os elementos de identidade não podem ser relativos a qualquer aspecto, mas a pontos fundamentais, isto é, que se refiram aos fatos jurídicos que deram origem ao dispositivo utilizado.

Destarte, "é preciso isolar o fato, já regulado, dos seus elementos acidentais e acessórios, e fixar o dispositivo essencial depurado dos fatores secundários, o pensamento central do legislador em relação com o fenômeno tratado e disciplinado. Colhida a relação de semelhança com a situação em exame, analisa-a à sua vez nos seus aspectos fundamentais, e só então, apurada a similitude de espécies, impõe-lhe a norma. Na semelhança jurídica das hipóteses é que caberá a extensão analógica do princípio"[\[18\]](#).

Ao lado da analogia, a norma contida no art. 4º da LICC, faz menção, também, aos costumes e aos princípios gerais do Direito, cânones que podem ou não vir previstos em textos legais, mas cujos preceitos são insitos ao ordenamento jurídico. São, em verdade, "as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas consequências"[\[19\]](#).

No que toca às relações homoafetivas, o uso da analogia para equipará-las às uniões estáveis, me parece evidente e, pouco a pouco, vem se consolidando, a partir da aceitação de um fato objetivo: a única coisa que diferencia as relações homoafetivas das relações heretoafetivas é o fato de que as primeiras são formadas entre pessoas do mesmo sexo e as segundas, por pessoas de sexos diferentes. Tudo o mais e, principalmente, a criação de um projeto de vida comum e o objetivo de constituição de família, dois dos pilares para o reconhecimento da união estável, são exatamente iguais.

Ainda que sem conhecimento de causa a respeito e para além dos estereótipos caricatos e extremados que detêm a atenção da mídia e que compõem uma parcela reduzida da classe homossexual, daquilo que pude apurar ao longo desses quase três anos de pesquisa seja conversando com profissionais da medicina, da psicologia e da sociologia a respeito, seja em contato com pessoas declaradamente homossexuais, seja através de leituras as mais variadas sobre o tema, a relação de afeto que se estabelece entre duas pessoas do mesmo sexo e é exatamente a mesma - e quando não mais forte - que aquela existente entre pessoas de sexos opostos.

As pessoas se gostam, têm sonhos, fazem planos, moram juntas, celebram datas importantes, dividem as alegrias e tristezas do dia-a-dia e as despesas da casa, freqüentam os eventos sociais um do outro, adquirem patrimônio, dão carinho, assistência e cuidado, sentem ciúmes, prezam, em regra, pela fidelidade e, em alguns casos, chegam até mesmo a ter filhos comuns. Tudo, tudo, tudo, tal qual um casal heterossexual.

Diante desse contexto e à luz da ordem jurídica, portanto, como então dizer que as suas uniões não são estáveis, se os elementos essenciais contidos na norma do art. 1.723 do Código Civil são a existência de uma relação que se caracterize pela convivência pública, contínua e duradoura e por ter sido estabelecida com o objetivo de constituição de família e esses pressupostos estariam, pelo menos em princípio, presentes?

Mas não é só.

Ao lado da similitude fática entre uma e outra situação que autoriza, sem sombra de dúvidas, a aplicação do recurso analógico - notadamente em se considerando a referência a homem e mulher como algo secundário na disciplina^[20] - há pelo menos cinco princípios de Direito, alguns dos quais expressamente contidos no texto da Constituição Federal de 1988^[21], que autorizam a equiparação da união homoafetiva à união heteroafetiva, quais sejam:

a) Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (CF, art. 1º, III), um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que tem como cerne a noção de que a pessoa humana se caracteriza por ser um fim em si mesma e, como tal, não pode ser instrumentalizada ou descartada em função de determinadas características inerentes à sua individualidade e que sejam essenciais para o seu desenvolvimento. A sexualidade, aqui compreendida no aspecto da orientação sexual e das condutas sexuais do indivíduo, se consubstancia como um alicerce essencial para o livre desenvolvimento dessa individualidade e da própria personalidade de cada qual. A relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual do indivíduo é direta, na medida em que a proteção dos traços formadores de cada um inclui a sua opção sexual e, por conseguinte, o seu respeito e a sua proteção pela sociedade e, evidentemente, pela ordem jurídica em vigor.

b) Princípio da igualdade (CF, art. 5º, *caput*), eis que a Constituição Federal veda qualquer distinção entre os homossexuais e heterossexuais, assim como entre os casais por ele formados, porquanto, seja na acepção formal ou material do princípio, entende-se que houve uma equiparação entre todos os indivíduos residentes no país, sendo certo que a orientação sexual de cada um deles não pode ser considerada como fator discriminatório. Basta ver que o *caput* do art. 5º é expresso em frisar que "todos são iguais perante a lei, **sem distinção de qualquer natureza**" e, do mesmo modo, que o art. 3º, IV, diz que é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil "promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou **quaisquer outras formas de discriminação**". A igualdade a que o legislador constituinte se refere, inclui, a toda evidência, a opção sexual que o cidadão venha a ter, até porque inexistente qualquer regra no ordenamento em sentido contrário.

c) Princípio da liberdade (CF, art. 5º, *caput*), outro pressuposto basilar para o desenvolvimento da identidade de cada ser, que, justamente por isso, tem sua inviolabilidade expressamente assegurada pelo texto constitucional. Se alguém dirige seu interesse a outra pessoa, ou seja, opta por manter um vínculo afetivo com alguém, seja esse alguém do mesmo sexo ou do sexo oposto, está inequivocamente exercendo sua liberdade de escolha, na medida em que a liberdade de orientação sexual é uma das suas manifestações mais preciosas.

d) Princípio da proteção da intimidade e da vida privada (CF, art. 5º, X), é corolário do direito à liberdade e garante ao indivíduo a inviolabilidade de todos os aspectos inerentes à sua vida íntima - aí incluídos a sua vida doméstica, as suas relações familiares e afetivas, seus pensamentos, hábitos, anseios, sonhos e, evidentemente, a sua opção sexual - preservando-a e pondo-a a salvo do conhecimento e da interferência de terceiros, para todos os fins de direito. A preferência sexual de cada um é algo que diz respeito apenas a ele mesmo e, eventualmente, àquela pessoa que seja sua parceira. A ninguém mais. Nesse contexto, não deve servir de critério para determinar se alguém receberá ou não a tutela jurídica em um dado caso concreto, sob pena de escárnio completo dessa que é uma garantia fundamental.

e) Princípio da segurança jurídica: invocado por muitos para afastar a aplicação analógica da disciplina das relações heteroafetivas às relações homoafetivas em razão da ausência de previsão legislativa existente a respeito e da impossibilidade do intérprete inovar em matéria legislativa, deve ser utilizado, também, para justificar o recurso à analogia. Isso porque a indefinição sobre o regime aplicável às uniões homoafetivas afeta não só os dois integrantes daquelas relações afetivas que se formam e que, a nosso ver, precisam de disciplina de forma a dar o mínimo de esteio aos seus membros, mas também os terceiros de boa-fé que eventualmente venham a estabelecer relações negociais com alguns dos envolvidos na parceria (como ocorre, por exemplo, na alienação de bens e na concessão de garantia), e que não podem ficar à mercê de divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, permanecendo numa zona cinzenta.

A referência aos princípios constitucionais para o reconhecimento da união homoafetiva e a produção de efeitos daí decorrentes também foi feita pela Des. Catarina Martins no seu voto, nos seguintes termos:

"Não reconhecer a existência de união mantida entre pessoas do mesmo sexo também afronta o texto constitucional, pois atentaria contra os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, princípios estes que fundamentam o Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, do CF/88). Ademais, a opção sexual de cada indivíduo é um direito personalíssimo seu e qualquer discriminação nesse sentido afrontaria o direito constitucional de inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X)" (p. 4).

A orientação foi seguida também pelo Des. José Ataídes Siqueira Trindade, vogal no acórdão do TJRS, que assentou:

"Não se nega que, efetivamente, a Lei n.º 9.279, a Constituição Federal e o atual Código Civil falam explicitamente em união entre homem e mulher, mas a Constituição Federal traz princípios fundamentais superiores, como o constante no art. 226, § 3º, no sentido da impossibilidade de discriminação principalmente em função de sexo. São justamente esses princípios, que entendo serem superiores àqueles que tratam da união estável somente entre homem e mulher, por isso venho posicionando-me no sentido de que é perfeitamente cabível - até não por analogia - o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo" (p. 11).

Nesse ínterim e a não ser que se valha de uma interpretação estrita dos preceitos legais e constitucionais em vigor, não há como não se reconhecer a similitude da união estável heteroafetiva e da união estável homoafetiva e, por conseguinte, imprimir-lhes os mesmos efeitos^[22].

4. Os critérios para a caracterização da união estável homoafetiva:

O art. 1723 do Código Civil define a união estável como sendo a "entidade familiar entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

O conceito inserto pelo diploma de 2002, com pequenas alterações, é aquele que já havia sido encampado pelo legislador quando da Lei 9.278/96, após décadas de evolução doutrinária e jurisprudencial em relação à disciplina jurídica da união informal entre pessoas de sexo diferentes.

Concebida inicialmente como um mal indesejado que deveria ser evitado e combatido por tudo e por todos e taxada com a pecha do concubinato, as uniões de fato estabelecidas entre homens e mulheres, a despeito de conhecidas, vivenciadas e praticadas desde priscas eras e de ter precedido historicamente à constituição de família solenizada por casamento civil ou religioso com efeitos civis, só tiveram a sua existência e os seus efeitos efetivamente reconhecidos e tutelados no ordenamento jurídico brasileiro com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 226, § 3º, estabeleceu que: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento".

A Carta de 1988, com efeito, representou um marco significativo em matéria de direito de família, ao qualificar como família, para fins de tutela estatal, arranjos distintos do casamento. Até então, o que se tinha era uma ou outra previsão legislativa e uma ou outra concessão doutrinária e jurisprudencial que outorgavam determinados direitos aos concubinos^[23], sendo certo que a disciplina constante do Código Civil de 1916 não só não continha qualquer regramento para as uniões estáveis, como "as referências esparsas do texto legal à vida em concubinato eram de cunho restritivo e de censura, especialmente nas hipóteses de uniões adúlteras, que ficavam à margem de qualquer proteção jurídica"^[24].

Foi só após a consagração do instituto no texto constitucional, que a legislação especial cuidou de regulamentá-lo e, por conseguinte, estabelecer critérios e requisitos para a sua ocorrência. Inicialmente o legislador atrelou a caracterização da união estável a um prazo mínimo de vida em comum - qual seja, 05 anos, como constou na Lei 8.971/94. Pouco tempo depois, porém, constatou-se que muito mais importante que o transcurso de um determinado lapso temporal, era a existência de uma "efetiva

convivência *more uxorio*, com características de uma união familiar, por um prazo que denote estabilidade e objetivo de manter a vida em comum entre o homem e a mulher assim compromissados"[25].

Em razão do recurso à analogia, os critérios para a caracterização da união estável homoafetiva deverão ser exatamente os mesmos exigidos para a união heteroafetiva.

Assim, o que se tem hoje como certo em matéria de reconhecimento de união estável, seja entre pessoas de sexos opostos, seja entre pessoas do mesmo sexo, é a necessidade de demonstração quanto a ocorrência de: a) uma relação em que seus membros convivam um com o outro, isto é, estabeleçam uma comunhão estreita de vida e de interesses, ainda que não haja coabitação entre eles; b) que esta relação seja duradoura, contínua e perdure por um período de tempo que revele estabilidade e interesse na constituição de família; c) que esta relação seja igualmente pública, ou seja, de conhecimento notório e inequívoco das pessoas que integram o círculo de relações dos companheiros[26]; e, sobretudo, d) que por meio da união estabelecida, os conviventes tenham o objetivo de constituição de família, que "se revela pelo comportamento social à moda de casados e uma gama de elementos variáveis, como a frequência a lugares públicos, a participação em reuniões, festividades e compromissos familiares, a situação de dependência de um dos companheiros, as viagens em conjunto, a colaboração nas empreitadas de interesse comum, a abertura de contas bancárias conjuntas, a existência de filhos em comum, o tratamento dispensado por parentes, conhecidos e amigos, a aquisição de bens em condomínio etc"[27].

Desde que presentes esses requisitos e comprovada a inexistência de relações matrimoniais por ambos os conviventes, estará caracterizada a união estável - hetero ou homoafetiva - e ela poderão ser concedidos todos os efeitos legais dela decorrentes, inclusive aqueles de natureza sucessória[28].

5. O direito sucessório do companheiro homossexual

O direito das sucessões é, nos dizeres de Orlando Gomes, "a parte especial do Direito Civil que regula a destinação do patrimônio de uma pessoa para depois de sua morte"[29]. Com efeito, "porque o homem desaparece, mas os bens continuam e a morte do *de cuius* gera ausência definitiva de titularidade, o Direito impõe, através de uma ficção jurídica, a transmissão da herança, garantindo a continuidade na titularidade das relações jurídicas do defunto. Se a propriedade é perpétua, doutrina Demolombe, a perpetuidade do domínio descansa precisamente na sua transmissibilidade *post mortem*"[30], aí incluídos bens móveis, imóveis, direitos, ações e obrigações.

Duas são as formas de sucessão conhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro: a) aquela definida pela lei, denominada de sucessão legal ou legítima, que ocorre quando o falecido não manifesta a sua vontade com relação ao destino dos seus bens, o fez de forma viciada ou quando esta vontade está limitada à determinada porção da herança, em razão da existência de herdeiros necessários (ascendentes, descendentes e o cônjuge); e b) aquela determinada por testamento, chamada de sucessão testamentária, que decorre de ato de vontade do *de cuius*, desde que seja feita com a observância das formas e condições estabelecidas em lei.

É a lei, outrossim, que determina quem são as pessoas que detêm legitimidade para concorrer na sucessão, sendo certo que o critério para integrar a chamada ordem de vocação hereditária é a proximidade do vínculo familiar, do qual decorreria uma vontade presumida do *de cuius*[31], de modo que, em regra, são considerados como herdeiros legítimos os parentes e o cônjuge.

A razão de ser da ordem de vocação hereditária é a preocupação social com a unidade e a solidariedade familiar, baseando-se a sucessão legítima, portanto, nos vínculos de família, de sangue e de afinidade:

"O parentesco atingido pela sucessão legítima abrange tanto as pessoas descendentes do mesmo tronco ancestral (parentesco por consangüinidade), quanto a relação adotiva (parentesco civil) e o vínculo que se estabelece por derivação do casamento, entre marido e mulher e, do marido com os parentes da mulher, e dessa com os parentes daquele (parentesco por afinidade, ou, simplesmente, afinidade)"[32].

Tal fundamento fica evidente quando se tem em conta a ordem de vocação hereditária prevista no art. 1829 do Código Civil de 2002, por força da qual herdará: a) os descendentes em concorrência com o cônjuge, dependendo do regime em que o casamento foi celebrado; b) os ascendentes, também em concorrência com o cônjuge e independentemente do regime de bens; c) o próprio cônjuge; e d) os colaterais até o 4º grau.

Os herdeiros compõem classes sucessivas, de forma que a classe seguinte só será chamada quando faltarem herdeiros da classe anterior. Na falta de representantes de todas as classes, a herança é declarada vacante e, por conseguinte, os bens do espólio são transferidos ao Estado, que ficará com a sua titularidade.

Por ser a ordem de vocação hereditária um atributo essencialmente legal, a não ser que haja testamento dispondo o contrário, em tese, não se permite que pessoas que eventualmente não estejam arroladas como herdeiras sejam chamadas à sucessão[33].

Era exatamente o que ocorria com o convivente até 1994.

Isto porque aqueles que viviam em união estável eram carentes de qualquer tipo de proteção e, no momento da sucessão, eram tratados como pessoas solteiras e, como tal, da sua ordem de vocação hereditária participavam descendentes, ascendentes e colaterais até o 4º grau, se existissem. Nenhum direito sucessório, de nenhuma ordem, era concedido aos companheiros que, quando muito, na partilha de bens, faziam jus ao recebimento de meação, direito obrigacional decorrente do reconhecimento de sociedade de fato. E nada mais.

De forma a justificar essa situação, três eram os fundamentos que normalmente eram apresentados: a) a estrita legalidade da ordem de vocação hereditária; b) a vedação à utilização de analogia em matéria sucessória; e c) a possibilidade de o companheiro, acaso quisesse, contemplar o outro em testamento ou disciplinar a partilha de seus bens por meio de contrato de convivência.

A orientação prevaleceu até a entrada em vigor da Lei 8.971/94, que concedeu a qualidade de herdeiro ao companheiro, na união estável, com preferência sobre os colaterais e desde que não houvesse descendente ou ascendente do *de cuius*. Desde então, o convivente que participasse de uma união heteroafetiva, passou integrar a sucessão do outro, sempre que houvesse aquestos a serem partilhados.

Desde então, várias foram as tentativas de se reconhecer o direito sucessório também ao companheiro homoafetivo, sem muito sucesso. Raros, raríssimos, em verdade, são os julgados que reconhecem a legitimidade do homossexual à sucessão, como o fez o acórdão do TJRS, inicialmente citado.

Quando o fazem, porém, limitam-se a dizer que tendo o *de cuius* "falecido sem deixar ascendentes ou descendentes vivos, caberá à autora a totalidade da herança, a teor do art. 2º, II, da Lei n.º 8.971/94, aplicável por analogia ao presente caso" (p. 6), não discorrendo nada mais a respeito do tema, o que é lamentável.

O Código Civil de 2002 não cuidou de incluir o companheiro na ordem de vocação hereditária prevista no art. 1829 e optou por criar uma disciplina paralela[34] para a sucessão na união estável, que vem inserta no art. 1790, que dispõe que "o (a) companheiro (a) participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável". Não há, outrossim, a colocação do companheiro no rol dos herdeiros necessários do art. 1845, pelo que pode ser imotivadamente excluído da sucessão, nos termos em que determina o art. 1850.

Ao fazê-lo, o legislador, assentou o seu intuito de tratar de forma diversa institutos - casamento e união estável - que, no seu entender, são distintos e, como tal, merecem receber regulamentação próprias e específicas a cada qual. Destarte, mesmo confundindo herança com meação e incorrendo numa série de outras excrescências[35], deixou claro que, na união estável, "a pretensão ao direito sucessório decorre exclusivamente do patrimônio adquirido onerosamente pelos companheiros. Situação inferior a do casamento onde a regra geral continua sendo a de considerar a mulher como meeira do patrimônio comum do casal. O privilégio da meação, pois, fica ressaltado, ainda uma vez, no texto infraconstitucional, a afastar qualquer exegese equivocada que pretenda visualizar na união estável igualdade ao casamento"[36].

Pelo disposto no art. 1790, o companheiro fará jus à quota equivalente à dos filhos, se concorrer com filhos comuns, à metade do que couber a cada um deles, se concorrer só com descendentes do autor da herança, à um terço do monte se concorrer com outros parentes sucessíveis e à totalidade dos bens, não havendo mais ninguém para ser chamado à sucessão.

A despeito de todos os problemas que, repita-se, a redação do dispositivo certamente contém, ao menos em relação à sucessão do companheiro homossexual me parece que o seu enunciado poderá ser de grande valia, na medida em que abre a possibilidade de que o companheiro ou companheira participe da sucessão do outro, sem em nenhum momento dizer que esse outro deveria ser do sexo oposto.

É evidente que o legislador não o fez porque, ao definir a união estável no art. 1723, fez menção expressa de que ela se formaria entre um homem e uma mulher, não havendo, em princípio, a necessidade de se reasserar isso quando da disciplina da sucessão. Mas não há como não reconhecer que um pronome indefinido, por definição, pode se referir indistintamente tanto a uma pessoa do sexo feminino, quanto a alguém do sexo masculino.

A partir do momento em que há o reconhecimento expresso na doutrina e na jurisprudência no sentido de que, no âmbito do direito de família, o intérprete poderia recorrer à analogia e aos princípios gerais do

direito para equiparar a união estável heteroafetiva à união estável homoafetiva, nenhuma justificativa há para não se aplicar o disposto no art. 1790 do Código Civil, *in litteris*, para a sucessão no seio de ambas as espécies de união estável.

Tal interpretação, ainda que aparentemente conflitante com a "harmonia" que deveria haver entre os dispositivos do Código Civil, não só encontra amparo na Lei de Introdução e nos princípios constitucionais, e, portanto, é uma interpretação sistêmica, como também põe por terra aquele que era o principal óbice ao reconhecimento de vocação hereditária ao companheiro homossexual, na medida em que o recurso à analogia, ao contrário do que ocorria na disciplina anterior ao Código Civil de 2002[37], não mais ocorre no âmbito do direito das sucessões, mas dentro do direito de família, no bojo do qual inexistia qualquer impedimento à sua utilização.

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.

À luz do comando do art. 1790 e diante dos avanços já alcançados para o reconhecimento da união estável homoafetiva, não se justifica que seja imposto a elas o mesmo calvário perverso que outrora já foi imposto às uniões heteroafetivas e que a comunidade jurídica assista, inerte e impotente, ao uso dos mesmos artificios que foram utilizados até o reconhecimento e tutela das uniões de fato pela Constituição Federal de 1988[39], dando as costas para uma realidade social cuja existência é flagrante.

6. Conclusões:

À vista do exposto, são, a meu ver, conclusões necessárias:

1. O Direito é uma ciência social aplicada, que deve procurar tutelar todos fatos sociais que produzam efeitos ou tenham implicações na esfera jurídica dos jurisdicionados, sendo certo que as relações homoafetivas se encontram nesse contexto.
2. O ordenamento jurídico brasileiro não contempla regra acerca que discipline as relações homoafetivas, seja para autorizá-las, seja para repeli-las, o que caracteriza uma hipótese de lacuna na lei e, por força do disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, autoriza o recurso à analogia e aos princípios gerais do direito.
3. Por aplicação analógica do enunciado do art. 1723 do Código Civil é possível dizer que as uniões homoafetivas são uma espécie do gênero união estável e a sua caracterização depende da observância dos seguintes requisitos: convivência pública, duradoura, contínua e com objetivo de constituição de família, o que deverá ser objeto de verificação e comprovação em cada caso concreto.
4. A partir da equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis, no âmbito do direito de família, e por força da aplicação do art. 1790 do Código Civil, que ao tratar da sistemática da sucessão na união estável, diz que o companheiro participará da sucessão do outro, fazendo uso de um pronome indefinido, sem exigir a necessidade de que esse outro seja do sexo oposto, seria admissível dizer que os companheiros homossexuais integram a ordem de vocação hereditária e que há para eles, na disciplina vigente, uma modalidade de sucessão de natureza legítima.

7. Bibliografia

ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O direito de família no contexto de organizações socioafetivas: dinâmica, instabilidade e polifamiliaridade. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 34, pp.5-30.

BARBOSA, Águda Arruda; VIEIRA, Cláudia Stein (coord.). *Direito de Família*. São Paulo: RT, 2008.

BIGI, José de Castro; VIANA FILHO, Flávio. União estável x relações homossexuais. *In: ARRUDA ALVIM, José Manuel; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto (coord). Aspectos controvertidos no novo código civil - escritos em homenagem ao Ministro Moreira Alves*. São Paulo: RT, 2003, pp. 421-435.

BRAGANHOLO, Beatriz Helena. Algumas reflexões acerca da evolução da crise e constitucionalidade do Direito de Família brasileiro. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 28, pp.60-77.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. O novo Código Civil brasileiro frente à constitucionalização do Direito de Família. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 27, jul-set/2006, pp. 81-101.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: RT, 2008.

_____. União homossexual - aspectos sociais e jurídicos. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 4, jan-fev-mar/2000, pp. 7-13.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 11.ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução do estudo do Direito - técnica, decisão e dominação*. 2.ed.. São Paulo: Atlas, 1994.

GALVÃO, Heveraldo. Adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 40o por casal formado por pessoas do mesmo sexo. Fam, pp.72-99.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A união civil entre pessoas do mesmo sexo. *Revista de Direito Privado*, n. 02, pp. 30-42.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 01, abr-mai-jun/99, pp.7-17.

_____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*. v. 1. 4.ed., rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1952.

KORKOUNOV, N. M. Cours de théorie générale du droit. [trad. J. Tchernoff]. Paris: M. Giard & E. Brière, 1914.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo código civil - Do direito das sucessões*. v. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. In: MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família: processo, teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 101-116.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

_____. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 10 ed., Forense, 1988

MATA MACHADO, Edgard da. *Elementos de teoria geral do Direito*. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 5.ed., atual. e aum.. São Paulo: Saraiva, 1993.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: RT, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Bosch, 1972, t. I.

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A união homoafetiva na legislação brasileira. *Revista de Direito Privado*, n. 20, pp. 300-306.

SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 32, out-dez/2007, pp. 29-72.

SOARES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, 19.ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

THEODORO JR., Humberto. Fundação de assistência. Estatuto. Interpretação restritiva. Impossibilidade de analogia entre as uniões homoafetivas e a união estável para fins de extensão de benefícios assistenciais. Parecer jurídico. Belo Horizonte, novembro de 2007. No prelo.

_____. *Curso de direito processual civil*. 47.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. I.

VILLELA, João Baptista. *Liberdade e Família*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito UFMG, 1980.

[1] Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Especializanda em Direito de Família e das Sucessões pela Escola Paulista de Direito. Professora de Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora de Contratos do Programa de Pós-Graduação da UFOP. Professora de Arbitragem do Programa de Pós-Graduação CEDIN/Milton Campos. Membro do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, do IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Processual e do CEDIN - Centro de Direito Internacional. Advogada sócia e coordenadora do escritório Nemer Caldeira Brant Advogados.

[2] Com a colaboração de Lívia Gonçalves Pinho Piana de Faria e Lilian Patrus Marques na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial e na discussão das primeiras idéias, às quais rendo os meus mais sinceros agradecimentos nesta oportunidade.

[3] TJRS, Apelação Cível 70006844153, 8ª Câmara Cível, Rel. Catarina Martins, j. 18/12/2003.

[4] KORKOUNOV, N. M. *Cours de théorie générale du droit*. [trad. J. Tchernoff]. Paris: M. Giard & E. Brière, 1914.

[5] MATA MACHADO, Edgar da. *Elementos de teoria geral do direito*. 4.ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995, p. 20.

[6] *Idem*, p. 22.

[7] *Ibidem*, p. 27.

[8] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 5.ed., atual. e aum.. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 8.

[9] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Bosch, 1972, t. I, p. 3.

[10] A propósito, cf.: "A norma jurídica, na verdade, tem a função de definir o fato jurídico, atribuindo-lhe conseqüências no plano das relações inter-humanas; enquanto esse fato não se materializar no mundo, a norma não passará de pura hipótese, abstração lógica. O fato social, por sua vez, serve de suporte, de objeto, à definição do fato jurídico pela norma, donde se pode dizer que, enquanto não houver norma que o regule, não se transformará em fato jurídico e não poderá produzir qualquer conseqüência jurídica, permanecendo fato social, apenas. Quando, no entanto, o fato interfere, direta ou indiretamente, no relacionamento inter-humano, afetando, de algum modo, o equilíbrio de posição do homem diante dos outros homens, a comunidade jurídica sobre ele edita norma que passa a regulá-lo, imputando-lhe efeitos que repercutem no plano da convivência social. Parece claro, daí, que a norma jurídica atua sobre os fatos que compõem o mundo, atribuindo-lhes conseqüências específicas (efeitos jurídicos) em relação aos homens, os quais constituem um plus quanto à natureza do fato em si. A norma jurídica, deste modo, adjetiva os fatos do mundo, conferindo-lhes uma característica que os torna espécie distinta entre os demais fatos: - o ser fato jurídico" (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria cit.*, pp. XV e 8).

[11] Ao contrário do que ocorre nos cerca de 75 países do mundo em que o homossexualismo é tipificado em lei como crime e punido com pena de morte (Afeganistão, Arábia Saudita, Iémen, Irão e Sudão), com pena de morte ou prisão (Mauritânia, Paquistão, Nigéria, Somália), com prisão de mais de 10 anos (Bahrein, Bangladesh, Barbados, Brunei, Butão, Emirados Árabes Unidos, Fiji, Gâmbia, Granada, Guiana, Índia, Jamaica, Kiribati, Malásia, Maldivas, Ilhas Marshall, Maurícia, Nepal, Nigéria, Niue, Papua-Nova Guiné, Quênia, Ilhas Salomão, Santa Lúcia, Seychelles, Singapura, Sri Lanka, Tanzânia, Toquelau, Tonga, Trinidad e Tobago, Tuvalu, Uganda, Zâmbia e Zanzibar), com prisão inferior a 10 anos (Angola, Argélia, Benin, Botswana, Birmânia, Camarões, Ilhas Cook, Djibouti, Etiópia, Gana, Guiné, Kuwait, Libéria, Líbia, Líbano, Malawi, Marrocos, Moçambique, Namíbia, Nauru, Nicarágua, Omã, Qatar, Samoa, Senegal, Serra Leoa, Síria, Somália, Suazilândia, Togo, Tunísia, Uzbequistão e Zimbábue) e com repressão por entidades oficiais (Burundi, Cuba e Egito), inclusive com agressões físicas.

[12] A deputada Marta Suplicy (PT-SP) apresentou, em 1995, o Projeto de Lei n.1115 que prevê que pessoas do mesmo sexo, homossexuais ou não, poderão firmar contrato garantindo o direito à herança e à previdência social. Embora o então Presidente da Câmara dos Deputados, o já falecido Deputado Luiz Eduardo Magalhães, (PFL-BA), tenha se declarado "simpático" a iniciativa para a permissão das chamadas parcerias civis (FSP, 27-1-95) e o então Relator do Projeto, Deputado Roberto Jefferson (PTB-RJ), tenha afirmado que: "Os homossexuais são seres humanos e merecem respeito. Acho o projeto justíssimo. Vou tirar os homossexuais do anedotário e lançar sobre eles o manto da lei." (C.Brasiliense, 12-4-96), 14 anos depois da sua apresentação, o projeto ainda está em tramitação no Congresso

Nacional e encontra resistências fortíssimas dos integrantes das alas mais conservadoras do legislativo para impulsionar a sua aprovação, ao fundamento de que atentariam contra a moral e os bons costumes. A posição, inadmissível, diga-se de passagem, da bancada conservadora, formada, em sua maioria, por correligionários da Igreja - Católica e Evangélica, sobretudo - parece não se dar conta de que o Estado brasileiro é laico e que o legislativo deve editar leis com vistas a regulamentar realidades sociais que são inconteste, sem se deixar imiscuir por concepções, dogmas e valores eminentemente religiosos, aos quais devem ser submetidos apenas e tão somente aqueles que são partidários de cada uma das religiões. Casamento é instituto religioso? Sem dúvida. Não chamemos de casamento, então. Seja se tratarmos de uniões homo ou heteroafetivas, voltemos à briga de Antônio Conselheiro, nos idos da Proclamação da República, deixemos os casamentos para serem celebrados como sacramento religioso, para aqueles que assim o quiserem, e toquemos ao Estado a função que lhe é inerente de disciplinar as uniões civis, tenham elas o cunho que tiverem. A postura de Igreja, na verdade, me faz pensar que talvez os seus partidários não acreditem naquilo que é pregado nos seus templos e nos seus livros sagrados. Porque acaso acreditassem, não temeriam que a existência de uma lei pudesse corromper tanto o seio da sociedade. A ausência de regulamentação não faz com que a realidade desapareça, mas tão só deixa as pessoas num limbo, criando uma insegurança generalizada.

[13] DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 11.ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 432.

[14] Sobre esse aspecto, leciona Humberto Theodoro Júnior que: "Pela possibilidade jurídica, indica-se a exigência de que deve existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação. Esse requisito, de tal sorte, consiste na prévia verificação que incumbe ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor. O exame realiza-se, assim, abstrata e idealmente, diante do ordenamento jurídico. Predomina na doutrina o exame da possibilidade jurídica sob o ângulo de adequação do pedido ao direito material a que eventualmente correspondesse a pretensão do autor. Juridicamente impossível seria, assim, o pedido que não encontrasse amparo no direito material positivo" (*Curso de direito processual*, v. I, 47.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, n. 53, p. 64).

[15] DINIZ, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 433.

[16] *Ibidem*, p. 434-435.

[17] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. I. 19.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, n. 12, p. 47. No mesmo sentido, cf. tb.: MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 11a ed., Forense, RJ, 1991, p. 208, para quem analogia "consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante".

[18] *Idem*, p. 48.

[19] ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 34.

[20] Basta ver que a tutela é para uniões estáveis, isto é, relações que se caracterizam como sólidas, permanentes, equilibradas, firmes, duradouras, todos esses conceitos que se prendem a todos os outros elementos contidos na norma do art. 1723 do CC (pública, contínua, duradoura e com objetivo de constituição de família - que pressupõe solidez e firmeza de uma união), exceto a referência a homem e mulher, o que me leva a afirmar a secundariedade desses elementos pelo simples fato de que a sua mudança por dois homens ou duas mulheres, por exemplo, não causa qualquer impacto na concepção de estabilidade, essa sim, *ratio* do dispositivo previsto pelo legislador.

[21] Princípios estes que, como princípios constitucionais fundamentais, nos dizeres de José Afonso da Silva, "visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais. Relevam a sua importância capital no contexto da constituição e observam que os artigos que consagram 'constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas'" (*Curso de direito constitucional positivo*, 19.ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 98).

[22] A única ressalva seria, certamente, a possibilidade de conversão da união estável homoafetiva em casamento, haja vista o preceito expresso no art. 1517 do Código Civil, que determina que **podem** se casar o homem e a mulher, o que evidencia que pessoas do mesmo sexo não podem contrair matrimônio. Ainda que o casamento tenha sido um dos fins almejados pelo legislador ao reconhecer e tutelar a união estável heteroafetiva, não tem, em absoluto, o condão de afastar a impressão de efeitos à união homoafetiva, na medida em que a conversão da união estável em casamento não é requisito para a existência da proteção legal. Não se condiciona, destarte, o amparo das uniões de fato à posterior celebração do casamento, sendo certo que se a comunhão termina sem que o matrimônio seja realizado, há disciplina jurídica que irá regulamentar dissolução, partilha, alimentos, sucessão, etc.

[23] Como foi o caso das Leis n.º 7841/89, 883/49 e 7250/84, que concederam o direito ao reconhecimento de filhos independentemente de sua origem; do art. 1037 do CPC e da Lei 6858/80, que reconheceram a dependência do companheiro para levantamento de certos valores do autor da herança, em expressa admissão de certos direitos sucessórios e da Lei 6015/73, que concedeu à companheira a faculdade de adoção do nome do seu companheiro, o que, até então, só era admitido no casamento.

[24] OLIVEIRA, Euclides. *Ob. cit.*, p. 150.

[25] *Idem*, p. 154.

[26] Sob esse aspecto, é certo que não se caracterizam como união estável relações ocultas, clandestinas, decorrentes de encontros secretos, velados, às escondidas, nem aquelas nas quais os parceiros não se assumem como homossexuais.

[27] OLIVEIRA, Euclides. *Ob. cit.*, p. 156.

[28] Neste ponto, deve-se ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 820.475/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 02/09/2008, DJe 06/10/2008, assentou expressamente a possibilidade jurídica do pedido formulação em ação declaratória para o reconhecimento de união entre pessoas do mesmo sexo. Na oportunidade, assentou-se que: "A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dês que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador".

[29] GOMES, Orlando. *Sucessões*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, n. 1, p. 1.

[30] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo código civil*. v. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 5.

[31] Presunção de natureza inequivocamente iuris tantum que, nessa qualidade, pode e deve admitir prova em contrário de modo a não criar e tutelar situações que longe de representar a vontade do falecido, representariam, em verdade, tudo aquilo que ele não gostaria que ocorresse.

[32] *Idem*, p. 210.

[33] É de se destacar, porém, que num momento em que o direito de família tem o afeto como seu pilar fundamental e que os arranjos familiares comumente encontrados na sociedade são bem mais diversos que aqueles que o legislador é capaz de prever, esse preceito, em conjunto com a ordem de vocação hereditária contemplada no art. 1829 do CC, pode criar situações de extrema insegurança e injustiça, não só quando a tónica são casais do mesmo sexo, mas pessoas que embora não tenham qualquer relação sexual, como dois amigos, por exemplo, que vivem relações de extremo afeto e assistência moral e material recíprocas e que, muitas vezes, na hora da sucessão do outro se vêem sem qualquer tipo de amparo ou proteção. O grande problema da ordem de vocação hereditária hoje é que muito embora a família continue a ser a base, o pilar da sociedade, fato é que a sociedade pós moderna tem na hipercomplexidade uma das suas principais características, sendo certo que as relações se formam e se desenvolvem dos modos mais variados possíveis, de formas múltiplas e diversas, que não podem ser simplesmente desconsideradas ou ignoradas pelo Direito, na medida em que produzem efeitos e conseqüências jurídicas, inclusive na esfera de terceiros.

[34] O que fez, inclusive, com que o art. 1790 do CC chegasse a ser declarado inconstitucional, como, por exemplo, pelo TJRS, nos autos do processo nº 70020389284 2007/Cível, de relatoria do Des. Ricardo Raupp Ruschel da 7ª Câmara Cível do TJ/RS datada de 12 de setembro de 2007, e o TJSP, no AGRV.Nº: 467.591-4/7-00, de relatoria do Des. Grava Brazil.

[35] Ao ser referir, por exemplo, apenas a filhos no inciso I, à descendentes de uma forma geral no inciso II, ao não prever hipótese em que se conjuga a existência de sucessão com descendentes comuns e não comuns, ao tratar de parentes sucessíveis em sentido lato e preferi-los ao companheiro, entre outros.

[36] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 55.

[37] É de se destacar que, no tocante à sucessão, tanto a Lei 8971/94, quanto a Lei 9278/96, referiam-se ao gênero do companheiro nas suas disposições.

[38] Valendo aqui a observação de que as pessoas que optam por relações informais, em regra, não se ocupam de regulamentá-las, muitas vezes desconhecem essa necessidade e outras tantas não têm condições de fazê-lo. Especificamente em relação ao testamento, trata-se de procedimento que não faz parte da cultura do brasileiro, é extremamente dispendioso, não acompanha a evolução patrimonial do casal e, por se tratar de ato formalíssimo, está sujeito a sofrer toda sorte de impugnações e, até mesmo, eventual invalidação. Quanto ao contrato de convivência, a seu turno, em tese, ele não regular questões relativas à sucessão do patrimônio dos sócios, notadamente quando se tem herdeiros necessários. Além disso, o instrumento tem encontrado resistência para ser aceito e imprimir efeitos dentro do inventário no meio forense, na medida em que seria considerado pelos mais conservadores como uma forma de se burlar a lei. Por fim, é algo que igualmente tem um custo alto e que também não se tem a garantia de que será aceito.

[39] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: RT, 2008, p. 77-78.