

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO**

CELESTINA JOSÉ DE MEDEIROS

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

**A PARTILHA DE BENS “CAUSA MORTIS” NA UNIÃO ESTÁVEL
RUBIATABA – GO**

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

RUBIATABA

2009

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER
CURSO DE DIREITO

CELESTINA JOSÉ DE MEDEIROS



PARTILHA DE BENS “CAUSA MORTIS” NA UNIÃO ESTÁVEL
RUBIATABA-GO

Monografia apresentada a FACER – Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob orientação do professor Sérgio Luis Oliveira dos Santos, especialista em Direito Privado.

5-30296

Tombo n°	10072
Classif.:	
Ex.:	1.
Origem:	d.
Data:	23/02/2010

RUBIATABA - GO

2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

CELESTINA JOSÉ DE MEDEIROS

PARTILHA DE BENS “CAUSA MORTIS” NA UNIÃO ESTÁVEL

COMISSÃO JULGADORA

**MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO BACHARELADO DE DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

RESULTADO: _____

Orientador: _____

**Sérgio Luis Oliveira dos Santos
Especialista em Direito Privado**

1º Examinador: _____


**Valtecino Eufrásio Leal
Mestre em Direito Relações Internacionais**

2º Examinador: _____

**Samuel Balduino Pires da Silva
Especialista em Direito Civil e Processo Civil**

Rubiataba, 2009

Em primeiro lugar dedico a Deus, que me deu o direito de vencer, lutar, e alcançar esta vitória. Aos mestres que com a sua dedicação, e o seu compromisso de educador, nos proporcionaram maior conhecimento no âmbito do direito. Aos colegas acadêmicos, que nos transmitiu amizade, solidariedade por meio do nosso convívio neste pequeno espaço de tempo. Aos meus pais, José Porfírio e Maria Celestina Medeiros, pessoas que amo e respeito. Aos meus filhos, netos, bisnetos, que eu seja um exemplo de vida para eles. Aos amigos que acreditaram na minha capacidade, e me apoiaram nesta batalha que ainda não terminou.

Que os nossos esforços desafiem as impossibilidades.
Lembrai-vos de que as grandes proezas da história foram
conquistadas do que parecia impossível. Nunca deixe de lutar,
no final da luta, sempre terá vitórias que foi mérito da
busca por novos ideais.

(Autor Desconhecido)

RESUMO

A partilha de bens causa mortis na união estável e seu amparo legal acompanhado de normas a serem seguidas, como amparo legal em nosso conjunto de leis, em especial na Constituição federal de 1988, e no Código Civil Brasileiro de 2002. analisando opiniões dos juristas, o artigo 1790 com seus incisos deixara a desejar, e está carente de proteção jurídica aos companheiros ou parceiros, que vivem sobre o mesmo teto.

Palavras-chave: Partilha de bens, união estável, filhos comuns, dos homoafetivos.

ABSTRACT

The division of property cause of death in stable and his legal support together with standards to be followed, such as legal support in our set of laws, especially in the Federal Constitution of 1988 and Civil Code 2002. analyzing opinions of lawyers, the article with his 1790 items left to be desired, and is in need of legal protection to their partners or partners who live under the same roof.

Key words: Sharing assets, stable union of their children.

LISTA DE SIGLAS

BÍBLIA SAGRADA:

CF/88: Constituição Federal de 1988

CC/2002: Código Civil

DIC JURD: Dicionário Jurídico

DIC. PORT. AURÉLIO: Dicionário de Português Aurélio

INSS: Instituto Nacional Seguro Social.

LEG: Legislação.

RAPS: Regulamento Geral da Previdência Social

LISTA DE ABREVIATURA /SÍMBOLOS

Dec.: Decreto

Art.: Artigo

§: Parágrafo

SUMÁRIO

Introdução.....	10
1 Evolução Histórica do Instituto da União Estável.....	14
1.1 Lineamentos Históricos.....	14
1.2 Da Sumula 380 do Supremo Tribunal Federal até a Constituição Federal de 05 de Outubro de 1988.....	15
1.3 Breve Análise da Lei 8.971/94.....	17
1.4 Breve Análise da Lei 9.278/96.....	19
1.5 Breve Análise da Lei 10.406/2002.....	21
2 Das Sucessões.....	24
2.1 Acepção da Palavra Sucessão.....	24
2.2 Conceito do Direito das Sucessões.....	25
2.3 Espécies de Sucessões.....	25
2.4 Pressupostos da Sucessão.....	27
2.5 Sucessão do Companheiro.....	27
2.6 A Sucessão do Cônjuge.....	29
3 Da Inconstitucionalidade do Artigo 1.790 do Código Civil de 2002.....	36
3.1 Breve Relato Sobre as Desvantagens Sucessórias do Companheiro(a) em Relação ao Cônjuge.....	39
3.2 As Mudanças de Posicionamento Jurisprudenciais sobre a União Estável.....	42
3.3 Dos Princípios Relativos a Família com Base na Constituição Federal/88.....	43
3.4 Opiniões Jurisprudenciais sobre a Inconstitucionalidade do Artigo 1.790 do Código Civil de 2002.....	43
4 Das Relações Homoafetivas Versus União Estável e a Partilha de Bens.....	46
4.1 O Brasil e a Violência contra os Homossexuais.....	46
4.2 Os Homossexuais e suas Conquistas.....	47
4.3 Dos Casos Reais de Partilha de Bens na Justiça Brasileira.....	48
4.4 Abordagem Jurisprudenciais sobre as Uniões Homoafetivas.....	50
4.5 Homossexualismo, A Luz da Bíblia.....	51
4.6 Do Convívio Social dos Homossexuais e a Igreja nos Dias Atuais.....	53
Conclusão.....	55
Referências Bibliográficas.....	58
Anexo.....	60

INTRODUÇÃO

Com o objetivo geral de pesquisar as alterações que ocorreram no direito sucessório dos companheiros com o advento do Código Civil 2002, como também com o objetivo especial de compreender se o companheiro (a), sobrevivente terá direito real de habitação e ainda também ao direito de usufruto, conforme as leis nº 8971/94 e a de número 9278/96. A legislação pátria reconheceu a união estável como entidade familiar, desde que esta configure na convivência pública, contínua, e duradoura e que seu objetivo seja a de constituir família conforme o (artigo 1.723 do Código Civil 2002). Diante do exposto percebe-se, portanto, que a lei no aspecto particular, reproduziu a norma inserida no artigo 226, § 3º da Constituição Federal de 1988, quando reconheceu a União estável como entidade familiar.

Com a entrada da lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 em vigor que deu origem ao atual Código Civil, colaborou para que alguns preceitos inerentes a união estável, sofresse algumas modificações, fixando parâmetros inovadores para o companheiro sobrevivente, que passou a ser considerado herdeiro e meeiro, e também passou a concorrer com descendentes, ascendentes, e colaterais. Porém, o artigo 1.790 do Código Civil, em seu caput deixa claro que o companheiro somente participará da sucessão se os bens forem adquiridos onerosamente na vigência da união estável, e, se não existir descendentes e ascendentes, os colaterais serão chamados a suceder e concorrerão com o companheiro sobrevivente.

As alterações no direito sucessório com o advento do Código Civil, trouxe prejuízos para o companheiro. Diante do que esta exposto no texto legal, vem a pergunta. O casal conviveu por doze anos em união estável e os bens destes já existiam antes da união, ou na hipótese de que eles adquiriram o bem a título gratuito, caso um venha a falecer o sobrevivente nada herdará? Não seria uma injustiça, ao cônjuge sobrevivente, que dedicou anos de sua vida ao convívio e sustento da família não seria prejudicado? Na falta dos requisitos exigidos pela lei, com quem ficaria os bens do *de cujus*? Seria declarada a vacância da herança que passaria então ao Estado? O legislador estabeleceu duas razões diferentes, uma é

relativa aos filhos comuns entre o falecido e o companheiro sobrevivente, e que este último teria direito a uma quota igual à que couber a um dos filhos? E outra, em relação aos filhos exclusivos do de cujus, o companheiro só recebera a metade da quota que tocar àqueles? Quando concorrer com ascendentes, ou colaterais, o sobrevivente terá um terço da herança (artigo 1.790, Incisos I, II, e III). Porém, se, na falta de parentes sucessíveis é que o companheiro fará jus a toda a herança, e que iremos discorrer sobre o assunto no decorrer deste trabalho de monografia.

Pergunta-se então caso exista filhos comuns e exclusivos, qual será a quota destinada ao companheiro visto que tal possibilidade não contém previsão legal? Por que o legislador incluiu os colaterais como concorrentes do companheiro sobrevivente, ou que o mesmo não ocorre em outras situações no que diz respeito ao cônjuge? A proteção constitucional, quanto ao Código Civil de 2002 ao companheiro deve priva-lo de receber a herança, a qual foi construída com esforço comum de ambos diante da inserção dos colaterais como concorrentes?

Quanto da aplicação do artigo 1790 do Código Civil de 2002 ao caso concreto, os nossos magistrados começaram a se posicionar sobre o tratamento desigual que está sendo dispensado ao companheiro em relação ao Cônjuge, e ainda no que a Constituição Federal de 1988 fala sobre a união estável, e os princípios que norteiam a família.

Com a evolução da nossa sociedade o legislador entende ser necessário resguardar os direitos dos indivíduos, que, trabalham em prol de sua família, tanto no seu sustento como na construção de um patrimônio em comum, estão desamparados legalmente. Entende os legisladores que a união entre homem e mulher que não tenham impedimento legal, não é tratado mais como concubinato e sim por união estável.

Porém, no que diz respeito à sucessão do companheiro as lacunas encontradas necessitam ser sanadas, para que não cometa-se erros, e injustiças tanto para o sobrevivente como para seus filhos. O tema deste trabalho de monografia, que foi estudado de forma detalhada, tornou-se relevante, trazendo melhor esclarecimento tanto do ponto de vista jurídico quanto acadêmico.

O levantamento jurisprudencial sobre as decisões prolatadas ao caso concreto pelo judiciário foi de suma importância, e também em relação ao direito sucessório será realizada uma análise da condição do companheiro sobrevivente, tanto na condição de herdeiro quanto meeiro, com a finalidade de conhecer em quais situações possíveis a quota do companheiro sobrevivente, é determinada, caso exista filhos comuns e filhos exclusivos do *de cuius*.

Buscou-se o estudo na legislação Civil, os prejuízos causados para o companheiro sobrevivente, e a melhor interpretação jurídica para evitar as injustiças. Trabalhar-se-á termos doutrinários, pensamentos jurisprudenciais, para demonstrar se ocorreu a aplicação da lei ao caso concreto, as inovações trazidas pelos Tribunais com base na lei 10.406/02. E ainda apresentará análise de idéias inovadoras de nossos doutrinadores quanto da aplicação da lei, tanto na união estável na partilha de bens causa mortis, seja para cônjuge, como nos casos dos homossexuais. E se adentrará na parte da teologia que fala do tema que foi abordado.

Em busca de maior esclarecimento sobre o tema apresentado, a metodologia utilizada foi a bibliográfica, materializada através de consulta a artigos doutrinários, a Constituição Federal de 1988, nossa carta magna. O Código Civil Brasileiro 2002, as leis 8.971/94 e a Lei nº 9.278/96, como também trechos bíblicos, sumulas e jurisprudências, artigos em revistas e na internet. O método usado para este trabalho de monografia foi o método dedutivo e de compilação.

Será falado sobre os lineamentos históricos como viviam a sociedade primitiva e como era a família, os tipos de casamentos, as responsabilidades do casal para com o outro. Da sumula 380 do Supremo Tribunal Federal e sua importância para a solução dos conflitos. Breve análise das leis 8.971/94 e 9.278/96, e o Código Civil 2002 sobre o direito sucessório do cônjuge e do companheiro, da inconstitucionalidade do artigo 1790 do CC/02 com seus incisos, da preocupação dos legisladores sobre esta inconstitucionalidade, os princípios básicos da família segundo a Constituição Federal de 1988. As relações homoafetivas, e as violências contra estas pessoas, o seu direito na partilha de bens causa mortis. Como também trechos bíblicos sobre os homossexuais e o apoio da igreja a estes como pessoas

humanas, e como Cristãos, isto porque vem crescendo de forma assustadora na sociedade atual.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL

1.1 Lineamentos Históricos

Com base nas palavras do doutrinador Venosa, (2001, p.33, 34) as sociedades primitivas se preocupavam com as necessidades básicas para o sustento de sua família. As tarefas do casal eram divididas e diante disto, o solteiro era visto como calamidade para a sociedade da época. A família era considerada uma entidade sociológica que independe do tempo e do espaço. Nas civilizações antigas a estrutura histórica da família era de suma importância. A origem do casamento em nosso atual Código Civil vem do direito romano onde pater, (pai) é que exercia o poder, era o chefe de família, sua função era de sacerdote, legislador, juiz e proprietário, exercia então o Jus puniendi, (o direito de punir, dicionário jurídico rg-fenix pg,291) A mulher era submissa ao marido quando casada, e aos pais quando solteira, era o pai que escolhia os maridos para as filhas, ou filhos.

A mulher viúva era subordinada aos filhos, ou ao parente mais próximo desta. A cerimônia do casamento celebrada com uma torta de cevada, veio daí então a origem do bolo de noiva. Era o chamado casamento confarreatio. (A *confarreatio* era a forma mais antiga e solene de casamento na Roma Antiga). Existia também o casamento coemptio, que era a união do casal como um negócio jurídico, começando pela compra e venda da mulher por parte de quem exercia o pátrio poder.

Outra forma de casamento o chamado usus, (forma de usocapião) em que a mulher ficava sob o poder do marido por um ano ininterrupto, esses tipos de matrimônio recebiam o nome de casamento cum manum, e a mulher não tinha mais relação com seus parentes, e deveria prestar culto ao marido. Com a evolução natural do homem, exige-se um tratamento mais rigoroso acerca das necessidades e aflições decorrentes do seu próprio desenvolvimento.

Assim, no Brasil Império já existia o concubinato puro (união de duas pessoas que não eram casadas), atualmente denominado de união estável, e

naquela época era conhecida como casamento de fato. O casamento impuro e adúltero (união de pessoas casadas) e o concubinato incestuoso (união de pessoas com vínculo de parentesco). Conforme o Código Civil de 1916, só era reconhecida como entidade familiar, a união do homem com a mulher e seus filhos conforme afirma Hiranaka, *in verbis*¹:

O Código Civil de 1916 somente admitia como entidade familiar, aquela instituída pelo casamento, único laço legítimo e legal de constituir família e somente quem era ligado por tal vínculo tinha proteção do Estado. Tal concepção é fruto da influência sócio-religiosa, enraizada no Direito Canônico, que concebia o casamento com nítido interesse procriativo e a continuação da família, em que todos os partícipes tinham seus papéis definidos: o homem como provedor responsável pelo sustento da família e a mulher como mera reprodutora, restrita ao ambiente doméstico, à administração da casa e a criação dos filhos.

No período republicano introduziu-se o casamento Civil obrigatório pelo Decreto nº 181 de 24/01/1891, como consequência da separação da Igreja do Estado, porém houve rejeição por parte do clero e da maioria da população católica da época, ficando então anexados o civil e o religioso até hoje, porém com alguns requisitos.

1.2 Da Sumula 380 do Supremo Tribunal Federal até a Constituição Federal de 05 de Outubro de 1988

Conforme afirmações de Arnaldo Wald (1995, p.228), a sumula 380 do Supremo Tribunal Federal proveio de repercussões sociais direcionadas para o encontro de soluções, pelos nossos tribunais, que remediasse a situação dos emigrantes que chegaram a São Paulo. Isto porque, os Italianos que aqui chegaram o regime de casamento era o da absoluta separação de bens. E, portanto os

¹ A tutela constitucional das entidades familiares não fundadas no matrimônio disponível em: <http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=546>. Acesso em 6 de janeiro de 2010

imigrantes aqui construíam fortunas, e a concubina não tinha direito aos bens adquiridos com esforço comum aqui no Brasil.

A jurisprudência Paulista analisando os fatos percebeu-se aí uma sociedade de fato. Com a criação da sumula 380 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, buscou-se aí uma proteção ao patrimônio e não protegeu a concubina. Os princípios inerentes da sumula acima citadas são de que: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum."

Para que houvesse esta comprovação, as reiteradas decisões, entre 1946 e 1963, o Pretório Excelso achou por bem editar a sumula 380 nos termos acima expostos. Inicialmente, a referida sumula somente seria aplicada aos casos em que os concubinos fossem desimpedidos. Alguns tempo depois, se passou a admitir a partilha de bens mesmo se o concubino fosse casado, mas desde que fosse comprovada a sua separação de fato. Segundo Rodrigues, (2004 p. 266), para a sua aplicação, se faz necessário o atendimento a alguns requisitos:

É mister para aplicação da Sumula, que tenha havido um aumento patrimonial, por parte de um dos consortes ou o graneiro de um patrimônio, inexistente ao tempo da união, pois será impossível falar em repartir o produto do esforço comum dos concubinos se eles nada ganharam durante a ligação concubinária. Assim, se toda a fortuna do varão foi herdada de seus pais, e se esta não cresceu posteriormente, não pode a companheira ou companheiro reclamar participação em seu patrimônio, pois ele não foi acrescido pelo seu esforço.

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988 conforme entendimento doutrinário de Venoza, afirmou que não há dúvida de que o companheiro ou companheira não eram herdeiros. A nova carta reconheceu a união estável do homem e da mulher como entidade protegida conforme esta elencada em seu, art. 226 §3º, em que a lei deve facilitar a sua conversão em casamento. Contudo, em que pensem algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais isoladas, tal proteção não atribuiu direito sucessório à concubina ou concubino.

Os tribunais admitiam a divisão do patrimônio adquirido pelo esforço comum dos concubinos, a título de liquidação de sociedade de fato conforme já foi citado na sumula 380 do Supremo Tribunal Federal. Poderia, portanto a divisão interferir na partilha dos bens hereditários quando, por exemplo, no chamado concubinato adúltero, e o autor da herança falecesse no estado de casado, com eventual separação de fato.

Nessa situação, perdurante até nova legislação, caberá ao juiz separar os bens adquiridos pelo esforço comum dos pertencentes a meação ou herança do cônjuge, resolvida por meios de provas. Quando se atribuía parte do patrimônio pelo esforço comum, a jurisprudência concedia indenização à concubina a título de serviços domésticos prestados. Há um grande eufemismo, segundo afirma Venosa, (ano 2000 p.88), o que se pretendia dizer é mais do que é expressado. Prejudicando o acervo hereditário e favorecendo o companheiro. Esses direitos relativos a convivência sem casamento foi modificado com as leis 8.971/94 e a lei 9.278/96; que será analisada a seguir:

1.3 Breve Análise da Lei 8.971/94

A lei acima citada foi promulgada em 29 de Dezembro de 1994, seu objetivo específico é de assegurar a situação do companheiro ou a companheira em relação ao direito sucessório, atribuir-lhes o direito de alimentos, porém com algumas exigências conforme afirma Venosa. (ano, 2000 p.88)

Regulamentando o § 3º do art. 226 da Constituição de 1988, a lei nº 8.971/94 estabelece alguns requisitos para a união estável, com reprovável etnia. O artigo 1º desta lei: nos mostra os elementos que constitui a regulamentação da união estável: (a) a convivência entre homem e mulher, não impedidos de casarem-se ou separados judicialmente; (b) por mais de cinco anos; (c) ou tendo filho; (d) enquanto não constituir nova união.

O companheiro ou a companheira na união estável (concubinato puro), segundo o artigo 1º da lei em foco, garante a estes o direito a alimentos com base na lei (5.478/68), porém há um prazo legal, de cinco anos, ou então se tiverem filhos, porém caso um destes constituíssem nova união, esse direito lhe era negado, e para que fosse concedido o direito ao alimento fazia-se necessário provas concretas da sua necessidade (artigo 1º lei 8.971/94). O artigo 2º por sua vez discorre sobre o direito sucessório dos cônjuges da seguinte forma *in verbis*.

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 da quarta parte dos bens do di cuius, se houver filhos deste ou comuns.

II – O (a) Companheiro (a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união ao usufruto da metade dos bens do di cuius, se houver filhos embora vivam ascendentes.

III – Na falta de descendentes e de acedentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Conforme Venozza (ano, 2001, p. 53, 54), ocorre uma super posição de direito, porque o usufruto incide sobre a herança, e a meação não é herança. Esse usufruto, da quarta parte ou metade dos bens, incide sobre a totalidade da herança, ainda que venha a atingir a legítima dos herdeiros necessários. Entende-se, entretanto que não houve a aludida total, mas parcial, pois a lei nova de 1996, só discrepa da lei antiga de 1994 no que diz respeito a alimentos. A lei nova sequer cuidou da matéria concubinária no âmbito sucessório. Em relação aos alimentos; admitiu-se que houve revogação do artigo 1º da antiga lei, em favor da nova, que cuidou da matéria alimentar em sentido contrário, permitindo o pedido de alimentos, em caso de dissolução (escrito ou verbal), por sua rescisão, quando o alimentando necessitar do pensionamento, afirma Azevedo. (ano 2000, p. 368; 369).

1.4 Breve Análise da Lei 9.278/96

Em razão das críticas incidentes sobre a Lei nº 8.971/94, conforme já foi abordado, desde logo se pensou na elaboração de nova legislação que pudesse regular toda a matéria referente à união estável, a fim de que assim, de fato se regulamentasse o parágrafo 3º, do art. 226, da Constituição Federal de 1988.

Esta tentativa acabou por resultar na Lei nº 9.278/96, promulgada pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, no dia 10 de maio de 1996, legislação que teve como ponto de partida o Projeto Legislativo nº 1.888, de 1991, apresentado pela Deputada Beth Azize, baseado no anteprojeto da lavra do jurista Álvaro Villaça de Azevedo.

A nova legislação tinha por fim regulamentar o art. 226 § 3º da CF/88, logo de início muda a concepção de união estável antes prevista pela Lei nº 8.971/94, deixando de exigir para sua caracterização o decurso de prazo mínimo de cinco anos de comprovada convivência, também passando a ser desnecessário que os interessados demonstrassem os requisitos pessoais outrora previstos.

A partir de então, considerava o legislador como sendo união estável e, portanto merecedora da proteção legal vez que reconhecida como entidade familiar, a convivência duradoura pública e contínua de um homem e uma mulher estabelecida com o objetivo de vida em comum.

A lei nº 9.278/96 não exigia para a configuração da união estável a coabitação, haja vista que ao dispor sobre os deveres dos conviventes (art. 2º) o legislador não inclui o dever de morar sob o mesmo teto, fugindo desta forma à orientação adotada pelo legislador de 1916, que ao contrário, entendeu por fixar este dever no inciso II, do art. 231.

Uma das modificações introduzidas pela Lei nº 9.278/96 refere-se à presunção de existência de contribuição, e assim de sociedade sobre os bens onerosamente adquiridos pelos conviventes na constância da relação. Tal regra

afasta a necessidade de comprovação de esforço comum, como antes exigia a súmula 380 do Colendo (Supremo Tribunal Federal).

Em matéria sucessória, a Lei nº 9.278/96 estabelece em favor do convivente sobrevivente o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família em caráter vitalício, desde que o beneficiado não venha a constituir nova união estável ou casamento.

Não temos dúvida da natureza sucessória deste direito, exatamente porque se espelha no artigo 1.611, § 2º, do Código Civil /1916, que reconhecia este mesmo direito ao cônjuge, portanto somos da opinião que ainda que se revista de um caráter de assistência material que o colocaria, podemos dizer na conta de uma consequência do direito alimentar, o direito real de habitação veio a acrescer o rol de direitos sucessórios deferidos em prol do convivente por ocasião da morte do outro, por força da vigência da Lei nº 8.971/94.

Percebe-se que ao contrário do que sustentam alguns doutrinadores, a Lei nº 9.278/96 não *abrogou* a Lei nº 8.971/94, que continuou perfeitamente vigente naquilo em que não foi modificada pela legislação posterior como por exemplo, no que diz respeito a matéria referente à sucessão *causa mortis*, (*do latim, por causa da morte, ou em virtude da morte de alguém*², presente no artigo 2º, acrescida do direito real de habitação que integra o parágrafo único do artigo 7º, da Lei nº 9.278/96.

A nova lei dos conviventes também não foi feliz ao dispor sobre a matéria, vez que imprecisa e omissa em alguns momentos e muito benevolente em matéria de sucessão *causa mortis*. Foi imprecisa ao dispensar os conviventes da obrigação de demonstrarem a ausência de impedimentos para que pudesse a união estável transformar-se em casamento.

A dispensa da comprovação da situação pessoal de cada convivente abre espaço para que se especule sobre a possibilidade de proteção jurídica a uniões

² *Dicionário jurídico rg fenix nunes pg 72, ano 1994*),

múltiplas, o que de fato não era o objetivo da lei, tanto que no artigo 1º menciona o legislador a união de um homem e uma mulher. A imprecisão poderia ter sido evitada pelo legislador.

Sobre a concessão do direito real de habitação ao convivente por ocasião da dissolução da união pela morte do outro, parece exagerada quando já se reconhecia o direito ao usufruto e à herança, ambos pela Lei nº 8.971/94. O convivente estaria recebendo maior proteção do que o cônjuge, vez que para este o Código Civil /1916 reservava o direito ao usufruto ou à habitação, conforme fosse o regime de bens adotado no matrimônio, enquanto que a Lei nº 9.278/96, ao não restringir o direito real de habitação, o defere cumulativamente com o exercício do usufruto já reconhecido pela legislação anterior.

1.5 Breve Análise da Lei 10.406/2002

O Código Civil/2002, ao estabelecer as normas inerentes aos efeitos patrimoniais da convivência estável por ocasião da sucessão *causa mortis*, começa pecando pela impropriedade da técnica legislativa, ao inserir a matéria no Capítulo I, reservado para as disposições gerais, deixando de fazê-lo no local adequado que, salvo melhor juízo deveria ser no Capítulo III, onde se encontram os dispositivos relacionados à ordem de vocação hereditária.

Nota-se que em um único artigo 1790 o legislador esgota a matéria, ensejando por força do vazio legislativo, diversas dúvidas no operador do direito iniciando-se pela incerteza quanto à manutenção ou não, no que é pertinente às questões da sucessão hereditária, das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96.

Ao comentar as mudanças do Novo Código Civil, com peculiar lucidez (VENOSA, ano 2000, p.88) abordou logo de início a imprecisão gerada pela redação contida no *caput* do art. 1.790, que expressamente reserva a participação do consorte na herança do outro, somente quanto aos bens adquiridos de forma

onerosa na vigência da união estável. O Código Civil/02, no livro reservado ao Direito de Família, mais precisamente no art. 1.725, estabelece que *in verbis*:

"Art. 1725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros aplica-se às relações patrimoniais, no que couber o regime da comunhão parcial de bens. Se há na ordem jurídica civil vigente expressa autorização para que os conviventes contratem um regime de bens diverso do previsto na comunhão parcial, nos parece um contracenso estabelecer que os efeitos patrimoniais sucessórios decorrentes do falecimento de um dos conviventes restrinja-se aos bens onerosamente adquiridos na constância da união."

E se os coniventes optaram por regular suas relações patrimoniais de forma diferente da estabelecida no regime da comunhão parcial de bens? Seria justo privar o sobrevivente da sucessão hereditária no tocante aos bens adquiridos antes do início da união? A aplicação literal da norma presente no artigo 1790 parece indicar que o desejo do legislador foi realmente restringir a participação do convivente ao patrimônio formado após o início da convivência, o que forçaria a adoção da solução testamentária quando a intenção dos coniventes fosse a de ampliar o campo de ação das regras sucessórias, já que o contrato escrito pactuado pelos conviventes, definindo regime de bens diverso do legal efetivamente não pode substituir o testamento, conforme princípio que pontua esta figura jurídica.

Outro ponto que certamente suscitará dúvidas e, portanto acirrados debates na doutrina e na jurisprudência, consiste como já citado antes em definir se o novo código revogou totalmente as Leis nº 8.971 e 9.278, naquilo em que estas regulavam a matéria relacionada à sucessão *causa mortis*. Segundo princípio da especialidade, os artigos 2º da Lei nº 8.971/94 e o parágrafo único, do art. 7º, da Lei nº 9.278/96, estariam revogados por estarem se tratando de questões pertinentes à sucessão *causa mortis*, que agora são expressamente disciplinadas no art. 1.790, do Novo Código Civil/02.

A prevalecer este entendimento, sem dúvida o convivente que sobreviver experimentará uma injustificável diminuição no seu patrimônio jurídico, já que os direitos antes previstos nas acima referidas legislações foram revistos e reduzidos

pelo Código Civil Brasileiro/02. Antes de 11/01/2003, data de início da vigência da Lei nº 10.406/02, sobrevivendo a morte do autor da herança, sendo ele convivente e não tendo deixado herdeiros necessários os descendentes e ascendentes o (a) companheiro (a) sobrevivente recolheria a herança em sua totalidade, não obstante a existência de herdeiros legítimos colaterais. Este é o entendimento que se extrai do inciso III, do art. 2º, da Lei nº 8.971/94.

Após 11/01/2003, com aplicação do disposto no art. 1.790 do pelo Código Civil Brasileiro/02, usando o mesmo exemplo do parágrafo acima, e desde que a abertura da sucessão tenha se verificado em data posterior a 10/01/2003, o (a) companheiro (a) sobrevivente só terá direito a recolher a totalidade da herança se não existirem parentes sucessíveis do autor da herança, por força da norma que se extrai da leitura do inciso III, do artigo supracitado.

Portanto, o(a) companheiro(a) que antes sobrevivo era precedido na ordem vocacional sucessória apenas pelos descendentes ou ascendentes do *de cujus*, hoje, para que o (a) companheiro (a) sobrevivente receba toda a herança é preciso concorrer com herdeiros colaterais do falecido até o 4º grau. Também foi infeliz o legislador quando ao tratar dos direitos sucessórios dos companheiros, não inseriu expressamente o direito real de habitação, antes previsto no parágrafo único do art. 7º, da Lei nº 9.278/96. No silêncio do Código Civil Brasileiro/02 sobre o assunto, entende-se que encontra revogado o referido parágrafo único e por conseguinte, afastada do ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de deferir ao companheiro, por ocasião da morte do outro, o direito real de habitação.

A Lei nº 9.278/96 e a norma inserida no parágrafo único, do art. 7º, tinha natureza de direito sucessório, tal qual a que existia no § 2º, do art. 1.611, do Código Civil/1916. De sorte, se o legislador, ao ordenar no artigo 1.790 os direitos sucessórios dos companheiros, não incluiu o direito real de habitação, que expressamente se encontra previsto no art. 1.831, quando se trata da sucessão do cônjuge, é porque teve a clara intenção de excluir tal vantagem que antes lhe era reservada. Seria, assim, um outro retrocesso legislativo. No próximo capítulo segue-se falando sobre o direito sucessório do cônjuge, e do companheiro tanto com base na doutrina, como a lei ora em vigor.

2 DAS SUCESSÕES

2.1 Acepção da Palavra Sucessão

A acepção da palavra Sucessão, segundo o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (1997, p.756), constitui-se de termo polissêmico. 1. Ato de suceder, ou acontecer; sucedimento. 2. Substituição de uma pessoa por outra, em caráter não transitório. 3. Conjunto de bens, ações e direitos de que pode dispor alguém e que, por sua morte se transmite a outras pessoas; herança.

Na acepção jurídica da sucessão, há o sentido amplo e o sentido restrito. No sentido amplo, de acordo com Diniz (2002, p.16), O termo sucessão aplica-se a todos os modos derivados de aquisição do domínio, indicando o ato pelo qual alguém sucede a outrem, investindo-se no todo ou em parte nos direitos que lhe pertenciam. Esta definição descreve o sentido da sucessão inter vivos.

No sentido restrito, Diniz (2002, p.16) afirma: sucessão é a transferência, total ou parcial de herança, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros. Neste caso, tem-se a sucessão mortis causa que no sentido subjetivo, é o direito por força do qual alguém recolhe os bens da herança, e é no conceito objetivo indica a universalidade dos bens do de cujus que ficaram com seus direitos e encargos.

Assim, sucessão vem a ser a transmissão da herança do de cujus aos herdeiros. Há uma transferência da titularidade da herança para os herdeiros, por ocasião da morte do de cujus. É o que acontece, segundo afirmação de Monteiro (2003, p.1): Depois dele, o herdeiro torna-se titular sucedendo ao defunto, tomando-lhe o lugar e convertendo-se assim no sujeito de todas as relações jurídicas, que a este pertenciam.

2.2 Conceito do Direito das Sucessões

O conceito do Direito das Sucessões apresentado por Diniz (2002, p.3), descreve: o direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte ao herdeiro, em virtude de lei ou de testamento. Afirma ainda a existência da transmissão de bens ou valores e dívidas do falecido ao herdeiro. O Direito das Sucessões, conforme conceituado por Gomes (2002, p.1): é a parte especial do Direito Civil que regula a destinação do patrimônio de uma pessoa depois de sua morte.

De acordo com os conceitos apresentados, pode-se entender que o Direito das Sucessões é imprescindível para as relações familiares e outras, no que se refere ao âmbito social. O Direito das Sucessões organiza a herança deixada pelo de cujus em relação aos seus herdeiros.

2.3 Espécies de Sucessões

Há duas espécies de sucessão: a sucessão legítima ou legal e a sucessão testamentária. Segundo lição de Gomes (2001, p.7): ocorre sucessão legítima quando seu autor não haja disposto validamente, em parte quando há herdeiros aos quais destine a lei determinada porção da herança.

Diniz classifica a sucessão quanto à fonte de que deriva sucessão legítima ou ab intestato, (do latim, quem morre sem deixar testamento³), sendo a sucessão:

Resultante de lei nos casos de ausência, nulidade, anulabilidade ou caducidade de testamento (Código Civil, 2002 arts. 1.786 e 1.788), passando o patrimônio do falecido às pessoas indicadas pela lei, obedecendo-se à ordem de vocação hereditária (Código Civil, Brasileiro 2002 art. 1.829).

³ Dicionário jurídico ano 1994 p. 9

Para ela a sucessão legítima é a regra, e a testamentária a exceção. Torna-se oportuno mencionar que a sucessão legítima é deferida aos herdeiros legítimos, indicados na lei, por ordem de vocação. Nestas condições estão os parentes e o cônjuge, atribuindo-se a herança ao Estado, se não existem tais herdeiros. Assim sendo, o critério utilizado para tal definição é o da proximidade do vínculo familiar. Parentes, cônjuges e Estado são as três ordens da sucessão legal. Já as classes de sucessíveis são: descendentes, ascendentes, colaterais, cônjuges.

É ainda pertinente atribuir a aceção de herdeiro legítimo que, segundo Gomes (2004, p.40) a pessoa indicada pela lei como sucessor nos casos de sucessão legal, a quem se transmite a totalidade ou quota-parte da herança percebe-se que a identificação do herdeiro legítimo cabe ao próprio texto legal, o qual faz a indicação da pessoa que, legalmente sucederá o de cujus, seja no total da herança ou em parte dela. Herdeiro legítimo é uma contraposição ao herdeiro testamentário. Este é distinguido, na medida em que é sucessor a título universal indicado em testamento.

A sucessão testamentária é a que decorre de testamento. Neste sentido Gomes (2004, p.8) a descreve como a sucessão "que deriva de ato de última vontade praticado pela forma e nas condições estabelecidas na lei". Portanto, se o falecido deixou testamento válido, ter-se-á a sucessão testamentária, devendo observar-se então o que o testador determinou, em relação à herança deixada por ele, no ato de última vontade às pessoas que indicou. No entanto, a liberdade do testador é controlada pela lei.

A liberdade é relativa e não absoluta. Se o testador tem herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge sucessíveis), somente poderá dispor da metade de seus bens, conforme prescreve o artigo 1.789 do Código Civil 2002, Diniz (2002, p.21), classificando a sucessão quanto à fonte de que deriva, conceitua a sucessão testamentária como decorrente de testamento válido ou de disposição de última vontade, com a observância do disposto no (Código Civil 2002, arts. 1.789, 1.845, 1.846, 1.801, 1.850).

2.4 Pressupostos da Sucessão

São pressupostos da sucessão: que o de cujus tenha falecido e que sobreviva o herdeiro. No primeiro caso (que o de cujus tenha falecido), é necessária a morte da pessoa, não se podendo herdar de pessoa viva. É assim, porque é no momento da morte da pessoa que a propriedade e a posse são transmitidas aos herdeiros legítimos e testamentários.

A morte pode ser natural ou real, presumida, ficta ou civil. A natural ou real acontece quando realmente se comprova que a pessoa morreu. A presumida consiste praticamente certeza de que a pessoa morreu, mas não tem o corpo para comprovação. A ficta, quando não há certeza se a pessoa está viva ou morta, é o caso da ausência. Há necessidade do chamamento judicial e, na falta de resposta, considera-se a pessoa como morta. A civil ocorre quando a pessoa está viva, mas considera-se a mesma como morta.

A legislação pátria desconhece esse tipo de morte, porém alguns autores acreditam que ela exista, por exemplo, no caso dos indignos Código Civil 2002 (art. 1.816) que, para efeitos sucessórios, serão considerados como mortos. Há de se ressaltar, porém segundo afirma Gomes (2004, p. 10): a morte civil foi banida. Admite-se, porém, para esse efeito, a morte presumida. No segundo caso, que sobreviva o herdeiro, é necessário o sucessor estar vivo, ainda que por pequeníssimo tempo, ou pelo menos concebido no momento do falecimento do autor da herança, para suceder o de cujus.

2.5 Sucessão do Companheiro

A partir da Constituição Federal de 1988, com base no artigo 226, parágrafo terceiro, a união estável passou a ser reconhecida como entidade familiar, recebendo, portanto a tutela constitucional. Assim sob a égide da proteção do Estado, a Lei nº 8971/94 veio regulamentar a regra constitucional. De acordo com esta lei, o companheiro sobrevivente foi contemplado com o direito à herança dos

bens deixados pelo consorte falecido. Neste sentido é o comentário de Gomes (2004, p.67): regulamentando a regra constitucional, a lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, concedeu ao companheiro sobrevivente o direito à herança dos bens deixados pelo consorte falecido.

Por outro lado, a Lei nº 9.278/96, favorecendo os companheiros criou o direito real de habitação sobre o imóvel de residência da família. Ressalte-se, que esse direito não consta no texto do atual Código Civil. No entanto, o Código Civil confere ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação. Eis aí um tratamento diferenciador entre os institutos do casamento e da união estável, dispensado pelo Novo Diploma. Sobrevindo o atual Código, houve regulamentação da sucessão dos companheiros, conforme os termos do artigo 1790.

Este artigo preceitua que o companheiro supérstite participará da sucessão do outro, quantos aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Os incisos de I a IV determinam as condições dessa sucessão. Da interpretação do "caput" do artigo supracitado, infere-se que para o companheiro (a) participar da sucessão do outro (a), são critérios: serem os bens adquiridos onerosamente e na vigência da união estável. A primeira condição, estabelecida no inciso I, é que se o companheiro (a) concorrer com filhos comuns, terá direito à quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho. Assim, os bens serão partilhados por cabeça (igualmente), isto é, o companheiro (a) sobrevivente receberá a mesma quota atribuída a cada filho, sejam quantos forem.

De acordo com este entendimento, pode-se ilustrar o caso da seguinte forma. Se o valor da herança deixada pelo companheiro (a) falecido for de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e os herdeiros forem 5 (cinco), o valor será dividido por seis, incluso o companheiro (a). Assim, a quota é R\$ 166.666,66 (Cento e sessenta e seis mil, seiscentos e sessenta e seis reais e sessenta e seis centavos), cabível a cada um igualmente.

Na segunda condição, prescrita no inciso II, se o companheiro sobrevivo concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles. Infere-se, portanto, aqui, o entendimento de que estes

descendentes não sejam filhos do companheiro (a) sobrevivente, ou seja, não sejam descendentes comuns.

Nessa hipótese, opera-se a seguinte partição: sendo ainda o valor da herança de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), ao companheiro (a) sobrevivente caberá a quota de R\$ 83.333,33 (oitenta e três mil, trezentos e trinta e três reais e trinta e três centavos) e aos descendentes a quota de R\$ 183.333,33 (cento e oitenta e três mil, trezentos e trinta e três reais e trinta e três centavos). O inciso de nº III estatui a terceira condição. Se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança. Os outros parentes referidos são os ascendentes ou colaterais. Diga-se, por exemplo, com o pai e mãe (ascendentes). Ao companheiro (a) sobrevivente caberá a quota de R\$ 333.333,33 (trezentos e trinta e três mil, trezentos e trinta e três reais e trinta e três centavos) e ao pai e a mãe caberão, a cada um a mesma quota. Finalizando as condições, o inciso IV determina que não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. Hipótese em que o companheiro (a) sobrevivente fará jus à quota de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

2.6 A Sucessão do Cônjuge

Consoante aos preceitos do Código Civil de 2002, ora vigente, encontra-se no artigo 1829 a ordem deferida na sucessão legítima, sendo primeiramente os descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo exceção. Em segundo lugar, os ascendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente e, finalmente os colaterais. Isto posto, depreende-se que o legislador estabeleceu uma ordem preferencial, onde impera a hierarquia de classes.

Se o autor da herança deixou ascendentes e descendentes, estes são chamados à sucessão dos herdeiros, enquanto aqueles não. Somente quando não houver descendentes é que os ascendentes serão chamados. Não havendo descendentes e ascendentes, o cônjuge sobrevivente herdará a totalidade da herança. Faltando descendentes, ascendentes e não havendo cônjuge, os

chamados à sucessão serão os colaterais até o quarto grau. É o que estabelece o artigo 1.829 do Diploma Civil. Desta forma, os parentes do finado têm direito à sucessão na seguinte ordem: descendentes, ascendentes e colaterais.

Essa ordem de vocação é sempre a mesma, seja o falecido nacional ou estrangeiro. O art. 10 da Lei de Introdução ao Código Civil, criada pelo Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, dispõe que, a sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que era domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.

O parágrafo primeiro desse artigo adiciona que “a sucessão de bens de estrangeiros, situados no país, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*.” O art. 5º, inciso XXXI da Constituição Federal 1988, repete o princípio contido nesse parágrafo, constitucionalizando-o. Complementando o artigo, o parágrafo segundo assim prescreve: “a lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder” *in verbis*:

De conformidade com esses dispositivos, a vocação hereditária, em se tratando de bens de estrangeiro casado com brasileira, é regulada pela lei brasileira, tenha ou não o de cuius filhos brasileiros. Em qualquer hipótese, porém, se a lei nacional do defunto é mais favorável ao cônjuge brasileiro e aos filhos do casal, urge aplicá-la, de preferência, à lei do domicílio. (MONTEIRO, 2003, p.88).

Com base no texto exposto, quanto à vocação hereditária, a sucessão do estrangeiro casado com brasileira, é aplicada a lei brasileira. Entretanto, se a lei nacional do falecido é mais favorável ao cônjuge brasileiro e aos filhos do casal, ela é a que terá preferência. Com relação à sucessão, visto está que o legislador procurou amparar o cônjuge sobrevivente, dando a ele a condição de herdeiro, e este concorrendo com as classes elencadas pelo art. 1.829. A respeito da concorrência do cônjuge com os descendentes dar-se-á da seguinte forma *in verbis*:

Concorrendo com descendentes comuns, ao cônjuge sobrevivente caberá um quinhão igual aos demais herdeiros, fazendo jus à quota mínima de uma quarta parte da herança se for ascendente de todos os herdeiros com que concorrer. É o que preceitua o artigo 1.832. Não sendo o caso, a sucessão se dará, também, por cabeça, dividindo-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros, porém não terá o cônjuge direito à quota mínima. (GOMES, 2004, p.56).

Deste modo, ao cônjuge sobrevivente em relação aos descendentes comuns há uma igualdade, quinhão igual, e se o cônjuge for ascendente dos herdeiros, faz jus à quota não podendo ser ela inferior a uma quarta parte da herança. Se não for descendente dos herdeiros, não lhe cabe quota mínima de uma quarta parte da herança, mas somente uma parte, segundo a divisão pelo número de herdeiros mais o cônjuge sobrevivente. O resultado dessa divisão da herança pelo número de herdeiros mais o cônjuge é a quota que cabe ao cônjuge sobrevivente.

De acordo com esse raciocínio, as duas hipóteses podem ser das seguintes maneiras exemplificadas. Primeira hipótese. Se o cônjuge sobrevivente for ascendente dos herdeiros, o valor da herança deixada pelo de cujus é de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e o número de herdeiros é de 5 (cinco), divide-se a herança por 4 (quatro). O resultado é de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), sendo a quarta parte. Neste caso, o cônjuge não poderá receber menos que R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Os outros herdeiros descendentes receberão, cada um, a quota de R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

Segunda hipótese. Se o cônjuge sobrevivente não é ascendente dos herdeiros, o valor da herança será dividido por cabeça. Seja o valor da herança de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), o número de herdeiros 5 (cinco). Neste caso o valor da herança será dividido por 6 (seis). O resultado é R\$ 13.333,33 (Treze mil, trezentos e trinta e três reais e trinta e três centavos) cabível a cada um. Portanto, quota igual para os herdeiros descendentes e o cônjuge sobrevivente.

Por outro lado, vislumbra-se a concorrência do cônjuge com os ascendentes. Anteriormente, já foi exposto que os ascendentes, segundo a ordem da vocação

hereditária, sucedem o de cujus, somente na falta dos descendentes. Concorrendo o cônjuge com os ascendentes, a relação sucessória se preconiza de forma que aquele herdará qualquer que seja o regime de bens.

Portanto, o regime de bens do casamento não interfere na herança, bastando que seja atendido o que consta no artigo 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de 2 (dois) anos, salvo prova, neste caso de que esta convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

São duas as hipóteses da concorrência do cônjuge com os ascendentes, consoante o artigo 1837, sempre atendendo o estatuído no parágrafo primeiro do art. 1.836. A primeira hipótese é a de o cônjuge sobrevivente concorrer com ascendentes de 1º grau (pai e mãe). Terá então o cônjuge neste caso, direito a um terço da herança. Por exemplo, o valor da herança de R\$ 150.000,00 (Cento e cinquenta mil reais). O cônjuge tem direito à quota de R\$ 50.000,00 (Cinquenta mil reais) correspondente a um terço da herança.

Entretanto, na segunda hipótese, se o cônjuge sobrevivente concorrer com um só ascendente ou com ascendentes de grau maior, fará jus à metade da herança. Numa demonstração hipotética, a quota será de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) para o cônjuge, se concorrer com um só ascendente, pai ou mãe do falecido. De outra forma, se o cônjuge concorrer com ascendentes de 2º grau, pode-se ter a seguinte ilustração.

Existem três ascendentes (a, b e c). O cônjuge terá direito à quota de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) e a outra metade da herança dividir-se-á entre os 3 (três) ascendentes. A cada um deles caberá a quota de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). Conforme anteriormente já visto, a sucessão do cônjuge dar-se-á da seguinte maneira: o cônjuge sobrevivente encontra-se no terceiro lugar da ordem da vocação hereditária. Ele concorre com os herdeiros descendentes na primeira classe e com os ascendentes na segunda classe. Em falta de descendentes e

ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente (Código Civil, 2002 art. 1.838).

Neste dispositivo o legislador veio a proteger especialmente o cônjuge deixado pelo de cujus. O cônjuge sobrevivente goza desta tutela, desde que ao tempo da morte do outro, não estavam separados de fato há mais de 2 (dois) anos, a menos que comprove que essa convivência, se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. Para privar o cônjuge sobrevivente da sucessão do de cujus consorte. É imprescindível não só a prova de dois anos de separação de fato, mas também a homologação judicial da separação judicial consensual e o trânsito em julgado da sentença, se litigiosa a separação. (DINIZ, 2002, p.103).

De acordo com esta assertiva, para que o cônjuge participe da sucessão do finado consorte, não basta prova de 2 (dois) anos de separação, é necessário no caso de separação judicial consensual, a homologação judicial, bem como, se litigiosa, o trânsito em julgado da sentença.

Poder-se-á ainda o cônjuge sobrevivo ser privado igualmente da herança por indignidade ou deserção (arts. 1.814 e 1.961, Código Civil 2002.) ou por inexistir patrimônio particular do falecido. O cônjuge sobrevivente participa da sucessão do outro, do de cujus, pela sucessão legitimária, por ser herdeiro necessário.

De acordo com inteligência dos arts. 1.789, 1.845 e 1.846 do Código Civil, 2002 o cônjuge supérstite faz jus à metade dos bens da herança, que constitui a legítima. O testador, havendo herdeiros necessários, que são os descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivo, só poderá dispor da metade dos bens da herança.

Referindo-se à sucessão legitimária DINIZ, assim ressalta:

Trata-se de importante inovação a inclusão do cônjuge entre os herdeiros legitimários, amparando-o, dando-lhe uma condição hereditária mais benéfica, considerando-se que o vínculo conjugal, a afeição e a intimidade entre marido e mulher não são inferiores ao da consangüinidade. (DINIZ, 2002, p. 105).

De acordo com o texto supracitado, infere-se que o cônjuge passou a ter uma posição de igualdade em relação aos consangüíneos, no que tange à sucessão. Além da sucessão legitimária, o cônjuge supérstite foi contemplado com a sucessão no direito real de habitação. O direito real de habitação consiste num direito do cônjuge, independentemente do regime de bens do casamento. Recai sobre o imóvel, que servia de residência da família, desde que seja o único desta natureza a inventariar, conforme está elencado no artigo 1831 do Código Civil/02.

Trata-se, portanto, de um direito do cônjuge supérstite, com a condição de que seja o único imóvel destinado a residência da família, a integrar o inventário. No entanto, não se constitui o direito real de habitação, se o imóvel não for habitado, ou se a família reside em casa própria, mas o falecido era proprietário de outros bens imóveis.

Trata-se de um direito vitalício, independentemente do estado de viuvez do cônjuge. Sobre tal assunto referiu-se Gomes (2004, p.65): "O direito de habitação grava o imóvel enquanto viver o cônjuge supérstite, não restringindo o legislador sua duração ao período da viuvez". Assim, se pode afirmar que o direito real de habitação termina somente com a morte do cônjuge supérstite.

Portanto, o cônjuge sobrevivente foi elevado à posição de herdeiro privilegiado. Além de ser considerado herdeiro necessário, foi contemplado com o direito real de habitação. Desta forma, o legislador dispensou especial proteção aos cônjuges. O cônjuge supérstite (além de participar das sucessões anteriormente comentadas) ainda sucederá inteiramente na herança, quando não houver descendentes e ascendentes. O artigo 1.838 do Código Civil de 2002 preceitua que, na falta de descendentes e ascendentes, ser-lhe-á deferida a herança por inteiro.

Segundo (DINIZ 2002, p. 107): Na sucessão pura e simples. O cônjuge supérstite, além de fazer jus às sucessões no direito real de habitação e legitimária, está inserido na sucessão legal ou legítima, conforme já se mencionou anteriormente, quando acontece as hipóteses dos incisos I e II do artigo 1.829 do Código Civil de 2002. Caso, portanto, de concorrência do cônjuge ou não com descendentes e concorrência com ascendentes.

Na mesma linha de raciocínio o próximo capítulo virá com temas sobre o artigo 1790 do Código Civil 2002, falaremos da inconstitucionalidade deste, e as mudanças recentes, acompanhadas de jurisprudências e sumulas. Como também a relação homoafetiva versus União Estável e partilha de bens.

3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A família fora do casamento, trouxe um marco para o direito brasileiro na metade do século XX. Os legisladores deram grandes passos com a criação das leis nº 8971/94 que regula o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão, e a lei 9278/96 que regula o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

E desde o advento dessas leis os companheiros e os cônjuges passaram a receber tratamento igual em matéria de Direito Das Sucessões, isto tanto como sucessores na propriedade, como em titulares de usufruto legal, e o direito real de habitação.

A Lei 10.406/2002 que instituiu o Novo Código Civil resolveu colocar o companheiro e a companheira de forma diferenciada aquela pessoa casada, a se observar desde já pela colocação da disposição sucessória na união estável em seu artigo 1.790 e incisos, para tratar do assunto tendo a seguinte redação, *in verbis*:

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, (filhos da mesma mãe e do mesmo pai) 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.

Segundo afirmação de Hiranaka (2004, p.90).

A sucessão na união estável até o momento da sua morte não dependerá, para a concorrência do companheiro como os demais herdeiros, da verificação do regime de bens adotado por contrato de convivência ou mesmo por forma tácita

acatando as regras do regime legal por força de disposição legal supletiva, mas dependerá da origem dos bens que compõe o acervo hereditário deixado pelo de cujus.

Assim, o companheiro sobrevivente participará na sucessão do outro apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente pelo de cujus na vigência da união estável, ou seja a concorrência ocorrerá justamente quanto aos bens sobre os quais o companheiro já é meeiro. Dessa forma, se o companheiro falecido não tivesse amealhado quaisquer bens na constância da união estável, mas que possuísse um enorme patrimônio anterior, o companheiro sobrevivente será afastado da sucessão, sejam quem for os herdeiros que eventualmente existem.

Além disso, a outra diferença decorrente do estado civil que unia o morto ao sobrevivente de respeito a abrangência da restrição relativa ao regime de bens ou à origem do patrimônio. Assim, se para as pessoas casadas a concorrência era restrita pelo tipo de regime de bens vigente apenas na concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do morto, uma vez que a regra limitativa expressa no inciso do art. 1829 do Código Civil/02, a restrição da espécie de bens sobre os quais ocorre na concorrência do companheiro sobrevivente foi expressa no caput do art.1790, irradiando seus efeitos durante toda a vocação hereditária estabelecida em seus incisos.

No inciso I, a Lei 10.406/02 art. 1.790 determina que o companheiro sobrevivente que concorrer com filhos comuns entre ele e o falecido amealhara uma quarta parte do acervo hereditário igual à que, por lei, for atribuído a cada um dos filhos. Se se comparar essa regra com a norma atinente a concorrência do cônjuge com os descendentes comuns, verificar-se-á, que, não houve reserva da quarta parte da herança do companheiro sobrevivente.

O inciso II, da Lei 10.406/02 art. 1.790 o legislador estabeleceu que a concorrência do companheiro sobrevivente com descendentes exclusivos do morto, dar-se-á de forma a que o primeiro receba a metade da quarta parte que venha a ser diferida aos últimos. Do ponto de vista prático, então, a partilha se faz na proporção de dois para um, entregando-se ao companheiro sobrevivente uma parte da herança

e a cada um dos descendentes, duas partes idênticas àquela entregue ao companheiro sobrevivente.

O inciso III, por seu turno, da Lei 10.406/02 art. 1.790 determina que, na ausência de descendentes do morto, o companheiro concorrerá com os outros parentes sucessíveis, recebendo, em qualquer caso, uma terça parte da herança. Dessa forma, não importa tratar-se de ambos os ascendentes, quando cada um deles receberá também e igualmente um terço do acervo partilhável, ou de um único parente sucessível, como exemplo de um único tio avô com quem o falecido não mantinha quais quer espécie de relações, hipóteses em que este receberá dois terços do patrimônio.

Os parentes sucessíveis que o inciso III se refere, são os que encontram elencados no artigo 1.829 do Código Civil, que afirma a necessidade da convocação dos ascendentes para participarem da sucessão. E um terço da herança será deferido do companheiro sobrevivente e os outros dois terços serão divididos entre os ascendentes sobreviventes. O chamamento a sucessão iniciará pelo grau mais próximo, excluindo os de grau mais remoto.

Portanto os primeiros a serem convocados para adir a herança será os pais do de cujus, que concorrerá com o companheiro supérstite, cabendo a cada qual um terço da herança. Na falta de um dos pais, o companheiro terá o direito a um terço da herança, outra possibilidade, se os genitores falecem antes do filho, a falta de descendentes de primeiro grau do de cujus convocará a sucessão os ascendentes de segundo grau, ou seja, os avós maternos e os avós paternos.

Se todos os avós estiverem vivos dividirá dois terços da herança, e cada um receberá um sexto da totalidade da herança uma vez que o inciso III do art. 1790, determina que o companheiro sobrevivente herde apenas a quantia fixa de um terço do acervo sucessível. Por fim, na ausência de quais quer parentes sucessíveis o companheiro sobrevivente poderá amealhar a totalidade dos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, segundo o que determinam o caput e o inciso IV do art 1.790. Assim não existindo parentes sucessíveis, os bens

do falecido serão entregues ao poder público, em detrimento do companheiro supérstite.

3.1 Breve Relato Sobre as Desvantagens Sucessórias do Companheiro (a) em Relação ao Cônjuge

O direito sucessório em relação ao cônjuge e ao companheiro (a) elencados no Código Civil de 2002, traz tratamento diferenciado entre eles, o companheiro (a) ficou em uma posição inferior em relação ao cônjuge, conforme coloca Rodrigues (2007, p.117).

O artigo 1.845 do Código Civil/ 02, trouxe vantagem, colocando o cônjuge na categoria de herdeiro necessário.

O artigo 1829 deste mesmo diploma legal, deu o direito do cônjuge concorrer com a herança com os descendentes e ascendentes do de cujus e na falta destes, poderá receber a herança por inteiro.

Os descendentes têm prioridade na ordem de vocação hereditária tendo como concorrente o cônjuge, porem traz uma ressalva quanto ao regime de casamento, se for comunhão universal, ou separação obrigatória de bens ou em regime de comunhão parcial de bens, o de cujus não tiver deixado bens particulares, conforme (artigo 1.829, inciso I Código Civil / 02). No caso deste concorrer com os descendentes, caberá quinhão igual ao dos descendentes que sucederem por cabeça, ficando reservado a este a quarta parte da herança, caso o ascendente for herdeiro com o que concorrer. (artigo 1.832 Código Civil 2002).

A lei ainda concedeu ao cônjuge o direito a herança, caso haja somente ascendente do falecido, ele entrará na concorrência da sucessão. Se os ascendentes forem do primeiro grau, o cônjuge terá direito a um terço da herança. Se os ascendentes for de segundo grau, ou grau mais elevado, ficará o cônjuge com a metade da herança conforme está elencado no artigo 1.837, Código Civil / 02. E caso não haja descendentes ou ascendentes, o cônjuge ficará com a herança

conforme afirma o artigo 1.838, Código Civil / 02. O cônjuge também tem direito real de habitação, seja qual for o regime de bens adotado pelo casal.

Já no artigo 1.790, Código Civil/02. Encontra-se elencados as desvantagens bem no início do caput deste artigo. A limitação da sucessão do convivente sobrevivente aos bens adquiridos de forma onerosa na vigência da união estável, se este não adquiriu bens na vigência desta união, ele não herdará.

O artigo 1.790, inciso I, do Código Civil 02, se houver concorrência do companheiro com descendentes comuns, este receberá a mesma quota que cada descendente receber. Já para o cônjuge esta reserva já vem prevista em lei, e não pode ser inferior a quarta parte da herança, caso tenha ascendente dos herdeiros concorrentes na sucessão, eis o teor do artigo.

Art. 1.832 Em concorrência com os descendentes.

Art. 1829, inciso I – caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

O companheiro que concorre com descendente exclusivo do falecido, tem direito a metade da quota equivalente à que por lei foi atribuída ao descendente. (art. 1790, II, Código Civil 02). Porém para o cônjuge, mesmo que ele concorra com descendente apenas do de cujus, caberá para ele quinhão igual aos que sucederem por cabeça (art 1832. Código Civil/02). Diferente do companheiro que receberá apenas a metade.

No inciso I do artigo 1790 do Código Civil nos dá a seguinte afirmação sobre a concorrência do companheiro (a) com outros parentes sucessíveis, quais sejam, os ascendentes os colaterais até o quarto grau do falecido. Nota-se que o companheiro sobrevivente receberá apenas um terço da herança.

As desvantagens aqui são claras e de fácil entendimento, do direito a sucessão do companheiro com a do cônjuge, isto porque o segundo se quer

concorre com os colaterais, ele ocupa sozinho a terceira classe da ordem de vocação hereditária, enquanto, os colaterais ocupam a quarta classe.

Para Venosa (2004, p.126) o artigo 1790 do Código Civil 02, caso tenha parentes colaterais na sucessão, o convivente só terá o direito a um terço da herança, conforme esta elencado no inciso III do artigo em foco. O direito da Companheira (o) na sucessão só ocorrerá na falta de parentes sucessíveis. Ele irá concorrer com o chamado tio-avô, com o primo irmão de seu companheiro falecido.

O inciso IV do artigo em questão estabelece que não havendo herdeiros terá direito a receber a herança toda. Esta restrição poderá acarretar injustiças, caso os bens adquiridos não tenha sido conquistados de forma onerosa na vigência da união estável, e os bens antes desta relação, serão transmitidos ao Município, ou para o Distrito Federal, e se estes estiverem no local das respectivas circunscrições, ou a União, se estes estiverem situados no Território Federal, em prejuízo do companheiro, que manteria com o de cujus relações afetivas.

Observando-se então conclui-se que, ao cônjuge esta restrição não ocorre. Outra desvantagem do companheiro em relação ao cônjuge está no artigo 1831 Código Civil / 02, que garante ao indivíduo, em qualquer que seja o regime de bens adotados pelo casal, o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado a residência da família, desde que este seja o único desta natureza para ser inventariado.

Porém o artigo 7º parágrafo único da lei 9.278/96, assegura a proteção do direito a moradia dos companheiros sobreviventes afastando o tratamento desigual que oferece o artigo 1.831 Código Civil/02 para o companheiro e o cônjuge.

3.2 As Mudanças de Posicionamento Jurisprudenciais sobre a União Estável

Conforme entendimento jurisprudenciais, o tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao realizar um julgamento de agravo de instrumento, quando em caso de inventário, envolvendo o direito sucessório do Companheiro concorrendo com ascendente, vejamos qual foi o caminho que foi tomado:

Agravo de instrumento, Inventário Sucessão aberta após a vigência do Novo Código Civil. Direito Sucessório do Companheiro em concurso com irmão do de cujus. Inteligência do artigo 1.790, inciso III, do Código Civil 2002. Direito a um terço da herança Inocorrência de Inconstitucionalidade.

As questões não se chocaram com o Código Civil, porque o inciso III do artigo 1.790 dá esse direito ao companheiro. Como também a decisão não fere a Constituição Federal/88, em seu artigo 226, §3º que fala do reconhecimento da união estável, porém o que o Código Civil dispõe no artigo 1.790, é considerado injusto, mas não inconstitucional. Houve o reconhecimento dos colaterais como herdeiros do de cujus. E deu-se provimento ao recurso.

O acórdão de Agravo de Instrumento que foi julgado pela 8ª Câmara Cível, e que teve como relatora a Desembargadora Odete Knaack de Souza, traz as seguintes colocações.

Ementa – Agravo de Instrumento. Direito de Família e das Sucessões. Direito da Companheira na sucessão do ex-companheiro. Aplicação do artigo 1.790, inciso III, do código Civil de 2002. Os parentes sucessíveis colaterais. Ocorreu a Inconstitucionalidade do artigo 1.790, que conforme o argumento da desembargadora, houve tratamento desigual entre o cônjuge e a companheira. Dando então improcedência.

Segundo entendimento da desembargadora, a Constituição Federal apenas determina que a União Estável é reconhecida como entidade familiar, mas o conceito de casamento e união estável são distintos. Portanto deu-se provimento ao recurso. Conclui-se então, que os Tribunais temem em reconhecer a suposta inconstituição válida do artigo 1790, porém apontam as injustiças que ele ocasionou aos conviventes⁴.

3.3 Dos Princípios Relativos a Família com Base na Constituição Federal/88

Como a família é uma instituição que vem desde o direito natural, na Constituição Federal de 1.988, encontra-se alguns princípios que abrangem o direito de família conforme afirma Dias (2005 p.33), dentre eles destaca-se: *In Verbis*.

Art. 1º inc. III Está elencado o princípio da dignidade da pessoa humana.

Art. 3º inc. I, fala do princípio da solidariedade familiar, buscase, portanto a construção de uma sociedade livre, justa e solidaria.

Art. 226 §§ 3º e 5º reconhece a igualdade entre homens e mulheres quanto da sociedade conjugal formada pelo casamento ou pela união estável.

Art. 227 § 6º encontra-se o princípio da igualdade entre os filhos havidos ou não no casamento, ou por adoção.

3.4 Opiniões Jurisprudenciais sobre a Inconstitucionalidade do Artigo 1.790 do Código Civil de 2002

A Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, juntamente com a Associação dos Magistrados de São Paulo escreveram os seguintes enunciados, *in verbis*:

⁴ Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5085/Direito-sucessorio-na-uniao-estavel-novo-posicionamento-jurisprudencial-brasileiro> Acesso em 9/9/2009.

Enunciado nº 49. O art. 1.790 do Código Civil, ao tratar de forma diferenciada a sucessão legítima do companheiro em relação ao cônjuge, incide em inconstitucionalidade, pois a Constituição Federal de 1988 não permite diferenciação entre famílias assentadas no casamento e na união estável, nos aspectos em que são idênticas, que são os vínculos de afeto, solidariedade e respeito, vínculos norteadores da sucessão legítima.

Enunciado nº 50. Ante a inconstitucionalidade do art. 1.790, a sucessão do companheiro deve observar a mesma disciplina da sucessão legítima do cônjuge, com os mesmos direitos e limitações, de modo que o companheiro, na concorrência com descendentes, herda nos bens particulares, não nos quais tem meação.

Enunciado nº 51. O companheiro sobrevivente, não mencionado nos artigos: 1845, 1850 do Código Civil de 2002, é herdeiro necessário, seja porque não pode ser tratado diferentemente do cônjuge, e que na concorrência com descendentes e a ascendentes herda necessariamente sendo incongruente que tomando-se um único herdeiro possa ficar desprotegido.

Enunciado nº 52. Se admitida a constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança deixada pelo outro, na falta de parentes sucessíveis, conforme o previsto no inciso IV, sem a limitação indicada na cabeça do artigo.

Segundo o dicionário (Aurélio 1994, p. 273), enunciado quer dizer, propor, expor, exprimir uma opinião. E conforme o (novo dicionário jurídico 1994, p. 207), enunciado é a denominação de cada súmula de jurisprudência. Os nossos magistrados começaram a se posicionar sobre o tratamento desigual que está sendo dispensado ao companheiro em relação ao cônjuge, e ainda no que a Constituição Federal de 1988, fala sobre a união estável, e os princípios que norteiam a família.

Embora a questão já tenha sido discutida, conforme ementa: de agravo de arrolamento de bens, com a morte do companheiro, havendo ausência de ascendentes, ou descendentes, mas existia os colaterais, conforme afirmou a companheira. A união estável ocorreu na vigência da lei 8.971/94, e permaneceu até o falecimento do companheiro. Fato este ocorrido em 2004. Não podendo aplicar as questões de direito sucessório. Buscou-se atribuir a companheira sobrevivente o mesmo direito que é conferido ao cônjuge.

Buscou-se conceder a companheira o direito total na herança e afastou da sucessão os colaterais e o estado. A inaplicabilidade da norma do artigo 1.790, inciso III do Código Civil em vigor. O recurso foi provido, pelo Relator: Desembargador Justino Magno Araújo.

Fechando este estudo sobre o artigo 1.790 do Código Civil 2002, o próximo capítulo iremos falar sobre a união homoafetiva no âmbito nacional e internacional, e ainda relatos bíblicos e opiniões de algumas igrejas sobre o homossexualismo⁵.

⁵ *Revista Jus Vigilantibus, Sábado, 25 de Outubro de 2008.*

4 DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS VERSUS UNIÃO ESTÁVEL E A PARTILHA DE BENS

A convivência em sociedade é um fato! E a cada dia passa por mudanças não só no âmbito social, como também na realidade normativa jurídica. E ao lado do dinamismo normativo, temos a estabilidade das normas Constitucionais, estrutura basilar do Estado. A dinâmica é fator fundamental para a ocorrência das mutações informais da nossa lei maior.

As mudanças constitucionais decorrem das alterações sociais, dos significados que trazem para a sociedade, a necessidade das mudanças de ampliações nos seus vernáculos, ou seja, possuem uma inalterabilidade relativa a possibilidade de modificações independente das modificações que não dependem do princípio da rigidez.

4.1 O Brasil e a Violência contra os Homossexuais

As pesquisas feitas por meio da internet apontam que no ano de 2008 foram assassinados 190 homossexuais, ou seja, um a cada dois dias. Dado do G.G.B.(grupo gay da Bahia), o Brasil é o país com maior número de crimes homofóbicos, seguindo o México, e Estados Unidos.

Os Estados Brasileiros com maior índice de violência são: Pernambuco, Bahia, porém no Rio Grande do Sul o caso é mais tolerável. A busca por direitos continua de forma avassaladora, o movimento de paradas gays, aumenta nas suas manifestações reivindicando o direito de serem o que são, e a legalização do Casamento Civil para esta categoria.

4.2 Os Homossexuais e suas Conquistas

Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito da terceira geração, estando incluso os direitos decorrentes da natureza humana, e sua finalidade é preservar a dignidade humana, e inclui-se aí o direito a escolha sexual do ser humano, comenta Maria Berenice Dias em seu 3º Congresso de Direito de Família.

Os homossexuais em termos de pensão por morte, a Previdência Social ficou na vanguarda em relação aos demais órgãos públicos, foram estes incluídos no Rol dos Dependentes Preferenciais de Classe I ao lado do cônjuge, do filho não emancipado menor de 21 anos, e também dos dependentes inválidos.

Ocorreu esta inclusão devido ao julgamento de uma Ação Civil Pública que foi ajuizada no Rio Grande do Sul porque as provas apresentadas estavam de acordo com a Instrução Normativa do INSS/PRES de nº 20 de 10 de outubro de 2007, que em seu artigo 30 traz as seguintes normas *in verbis*:

Artigo 30 – O companheiro ou companheira homossexual de segurado inscrito no RAPS, (regulamento geral da Previdência Social) passa a integrar o rol dos dependentes e, desde que comprovada vida em comum, concorre para fins de pensão por morte e de auxílio reclusão, com os dependentes preferenciais de que trata o inciso I do artigo 16 da Lei nº 8.213/91, para óbito ou reclusão ocorrido à partir de 05 de abril de 1991, ou seja, mesmo anterior à data da decisão judicial proferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.0009347.0

Portanto, basta apenas comprovar a união estável, que pode ser feita por meio de provas testemunhais ou documentais. Para a Previdência, a inclusão como dependentes devem constar de:

Declaração de Imposto de Renda do segurado, e que conste que o interessado era seu dependente. Disposições testamentárias. Carteira de trabalho assinada. E deve constar todos os dados, declaração de escritura pública declarando dependência econômica.

Anotações constantes de ficha ou livro de registro de empregados. Provas do mesmo domicílio e dos encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil. Procuração, conta bancária conjunta. Registro e Associação de qualquer natureza onde conste o interessado como dependente segurado. Apólice de seguro em que conste o segurado como instituidor do seguro da pessoa interessada como sua beneficiária. Ficha de tratamento em instituição de assistência médica, da qual conste o segurado como responsável. Escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome de dependente. Quaisquer outros documentos que possam levar à convicção do fato a comprovar. Conclui-se então que: "Está na hora de o Estado Democrático de Direito consagrar como princípio maior o respeito a dignidade da pessoa humana, e não sonegar esses direitos a estes Cidadãos que tem o direito individual à liberdade, o direito social a uma proteção positiva do Estado, e direito a felicidade"

4.3 Dos Casos Reais de Partilha de Bens na Justiça Brasileira

A ação de reconhecimento de união estável entre duas mulheres que viviam a 25 anos, foi julgada procedente pelo o Juiz Roberto Arriada Lorea, da 2ª Vara de Família e Sucessões de Porto Alegre, ele afirma que o Casamento Civil está disponível para todos, independentemente de orientação sexual, e que o Casamento Civil é um direito humano, e não um privilegio heterossexual.

Acrescenta ainda que o ordenamento jurídico brasileiro veda qualquer forma de discriminação. O reconhecimento desta união ocorreu em 1980, época que a ação foi ajuizada, e perdurou até a morte da companheira que ocorreu em 31/07/05. O relacionamento de ambas era pública e notório tanto para a família como para os vizinhos.

Para o magistrado restringir este direito, seria estar incompatível com o princípio da dignidade humana, expresso no artigo 1º da Constituição Federal de 1988. Ainda ressalta: nega-lhes o acesso ao Casamento Civil a pessoa do mesmo sexo, seria discrimina-los, como muitos fazem com o racismo.

Ainda destacou o magistrado em sua sentença que a nova definição legal da família brasileira com a Lei nº 11.340/06, Lei Maria da Penha o marco da legalização

das Uniões Homoafetivos, ela veio cobrir a violência doméstica, proibir a discriminação sexual em seu artigo 2º que diz, *in verbis*:

Artigo 2º toda Mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual goza dos direitos fundamentais inerentes a pessoa humana . E no parágrafo único do artigo 5º, reitera que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica familiar.

Esta lei contempla os casais formados por pessoas do mesmo sexo conforme foi dito pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, por meio do Provimento Nº 06/04, da Corregedoria Geral da Justiça. Concepções religiosas não podem ser impostas através do Estado – Juiz. Destacou também, a edição por ordem Judicial da Instrução Normativa nº 25/2000, do Instituto Nacional da Seguridade Social, assegurou benefícios previdenciário ao companheiro, sem distinção de sexo. E como não havia dependentes habilitados como herdeiros sucessórios, ela teve o direito à pensão por morte junto à Previdência Social.

Em maio de 2007 o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na pessoa do Juiz da 4º vara Civil de Belo Horizonte, Jaubert Carneiro Jaques, um homossexual não só conseguiu provar a existência de um relacionamento estável entre ele e o seu companheiro, e assim ter o direito a receber a metade do patrimônio deste, que faleceu em 2003.

Conforme provas apresentadas confirmou-se a sociedade de fato destes, e ainda provas de que a convivência de união estável sem restrições patrimoniais para ambos, até mesmo nos planos de saúde que ambos tinham. O autor entrou com ação declaratória de sociedade de fato, conseqüentemente a partilha de bens, contra a mãe do seu parceiro. O inventário de partilha esta na 2ª Vara de Sucessões deixado pelo falecido.

O autor provou que desde 1993 mantinham relação homoafetiva com o companheiro, e era uma relação fixa e notória e que juntos adquiriram um

apartamento, as despesas da casa eram divididas entre eles. Após a enfermidade do companheiro que foi acometido com o vírus do HIV, (doença sexualmente transmissíveis AIDS), não o abandonou, porém o acompanhou nas consultas médicas, domiciliar, e internações.

Foi reconhecida a união estável deles pelo o INSS, (Instituto Nacional do Seguro Social) e estava no momento recebendo pensão por morte desde a morte do seu companheiro. A mãe do falecido, alegou que não existia base legal, para que o autor da Ação, estivesse reivindicando direitos de União Estável. E que o que ele dizia era mentiras. Porém o Juiz depois de analisar todas as provas apresentadas no processo e complementou ainda em sua decisão que ninguém pode continuar sustentando que em face de Omissão legislativa não é possível prestar-lhes efeitos jurídicos decisão provida, porém cabe recurso.

4.4 Abordagem Jurisprudenciais sobre as Uniões Homoafetivas

Segundo palavras do jurista Álvaro Villaça em uma entrevista ao jornal Brasil Notícias, fez seguinte comentário sobre a união homoafetiva. A Lei não vê espaços na união de pessoas do mesmo sexo, o entendimento de família, mesmo sendo encontrado jurisprudências que concordem com a adoção por casais homossexuais, com direitos previdenciários garantindo a estes, e os bens podendo ser partilhados tanto no caso de separação, ou por morte do companheiro.

Afirma ainda que, os direitos têm de ser reconhecidos, independente de sexo, raça, união, isto porque segundo a Constituição Federal de 1988, nossa carta maior em seu artigo 5º, no caput diz o seguinte. *in verbis*:

Artigo 5º Caput Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no país a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade.

Seguindo com o mesmo entendimento encontramos no inciso X deste mesmo artigo que são invioláveis, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando-lhes direito a indenização pelo dano tanto moral, como material.

Caso os Tribunais entendam que a união homossexual faz parte do âmbito da família, faz-se necessário criar lei especial, isto porque a nossa lei atual não reconhece esta união. A Desembargadora Maria Berenice Dias em seu artigo que escreveu sobre a homoafetividade e a justiça, afirma que a família, vem a cada dia se evoluindo, e junto com esta evolução, vem a necessidade de mudanças no conceito de família, em se tratando de relacionamentos homossexuais, que passou a se chamar de união homoafetiva.

Embora os legisladores se intimidam quando estão diante de casos reais, porém eles estão ali para assegurar o direito, aqueles que são alvo de discriminação. Para Dias ausência de leis, não é ausência de direito, portanto não se deve omitir reconhecimentos de direito, mas fazer valer o direito.

Ainda complementa em seu artigo que no Rio Grande do Sul onde atua como desembargadora e como advogada, a justiça gaúcha inseriu no âmbito do direito de família, apreciação as uniões Homoafetivos, deferindo a herança ao parceiro sobrevivente. Afirma ainda a nobre Desembargadora que o caso seguiu-se para outros Tribunais, que adotaram o mesmo posicionamento jurídico. E esses direitos foram sendo reconhecidos

4.5 Homossexualismo, A Luz da Bíblia

Esta prática é conhecida desde os tempos remotos, muito se tem debatido sobre o tema, porém agora com mais intensidade. É na religião que eles sofrem mais preconceito, porém todos estão procurando encontrar uma solução. Para o conhecedor da Bíblia torna se difícil está aceitação, não do ser homem como

Homossexual, mas da prática em si. A Bíblia é imparcial e tolerante no que diz respeito a esta prática sexual, portanto, homossexualismo é algo normal? Ou Deus abomina?

Para responder a esta pergunta, precisa-se ir até o livro de Gênesis 1:27 (Bíblia Português Almeida, João Ferreira, Ano 1995 p.1) que diz: Deus criou o homem a sua imagem, à imagem de Deus; Homem e mulher os criou. Entende-se então que este relacionamento é uma aberração para Deus, é uma abominação. Seguindo o estudo vejamos ainda: (Bíblia Português Almeida, João Ferreira, Ano 1995 p.17, 18) Levítico 18: 22 Com homem não te deitarás, como se fosse mulher; abominação é.

Por isso Deus os abandonou a paixões infames. E também até as mulheres mudaram o uso natural, no contrário a natureza vejamos: (Bíblia Português Almeida, João Ferreira, Ano 1995 p. 123) Romanos 1: 26 – 27.

E semelhantemente, também os homens, deixando o uso natural da mulher, se inflamaram em sua sensualidade um para com os outros, homens com homens, cometendo torpeza e recebendo em si mesmos a recompensa que convinha ao seu erro.

Segundo entendimento bíblico esta prática não é amor, porém paixões infames. No que diz respeito ao travesti podemos encontrar no livro de (Bíblia Português Almeida, João Ferreira, Ano 1995 p.152) Deuteronômio 22: 5. Não haverá traje de homem na mulher, e nem vestirá o homem roupa de mulher; porque qualquer que faz isto, abominação é ao Senhor teu Deus.

Sobre o casamento a Bíblia diz em (Bíblia Português Almeida, João Ferreira, Ano 1995 p. 184) Hebreus 13: 4: "Venerado seja entre todos o matrimônio e o leito sem mácula; porém aos que se dão a prostituição, e aos adúlteros, Deus os julgará". Quanto ao homossexualismo na Bíblia podemos encontrar em (Bíblia Português Almeida, João Ferreira, Ano 1995 p. 137) 1º Coríntios 6: 10

Não erreis: nem os devassos, nem os idólatras, nem os adúlteros, nem os efeminados, nem os sodomitas, (homossexuais), nem os ladrões, nem os avarentos, nem os bêbados, nem os maldizentes, nem os roubadores herdarão o reino de Deus.

Quando Timoteo escreveu em sua 1ª Carta que recebeu de Paulo, ele relata no capítulo 1:15 o seguinte: “Esta palavra é fiel e digna de toda a aceitação, que Cristo Jesus veio ao mundo, para salvar os pecadores, dos quais eu sou o principal”. Em 2º Coríntios o apóstolo Paulo escreveu o seguinte: “Assim que, se alguém está em Cristo, nova Criatura é; as coisas velhas já passaram; eis que tudo se fez novo”.

O homossexualismo é uma prática aprendida, porém pode ser apagada. O escravo do pecado pode ser livre na pessoa de Jesus Cristo, isto porque no livro de João está escrito: (Bíblia Português Almeida, João Ferreira, Ano 1995 p. 78) João 3: 36 “Se o filho vos libertar verdadeiramente sereis livres”. João 8: 32 “E conhecereis a verdade, e a verdade vos libertará”.

4.6 Do Convívio Social dos Homossexuais e a Igreja nos Dias Atuais

Apesar da influência marcante do catolicismo na sociedade brasileira, deve ser lembrado que o nosso Estado é laico, não podendo aceitar influências da religião sobretudo preconceituosas. Este tipo de ingerência se mostra de forma tão contundente que a dissolubilidade do casamento através do divórcio só foi aceita em 1977, e a regulamentação da união estável só ocorreu nos anos de 1994 e 1996, apesar da previsão constitucional.⁶

Portanto, além da influência Católica, as igrejas evangélicas, que cresceram muito nos últimos anos também se embaraçam com a regulamentação das uniões

⁶ www.mbdias.com.br/artigos.aspx.761,14 acesso em 20/09/09
www.jusbrasil.com.Br/noticias/106296acessoem 20/0909.

homossexuais, segundo afirma a desembargadora Maria Berenice Dias em seu artigo sobre famílias homoafetivas.

O Espiritismo afirma não ser contra o homossexual, mas não é a favor da homossexualidade, para eles o que ocorre é um distúrbio de comportamento, já para a igreja de Jesus Cristo dos Santos dos últimos dias (Mórmons) isto é uma aberração, contra o que Deus fez de belo, o homem e a mulher, para crescer, multiplicarem e povoarem a terra. Para o Islamismo, o homossexual sofre total rejeição. As testemunhas de Jeová, afirma ser esta uma prática condenável, porém devemos amar os mesmos⁷. Finalmente terminou-se aqui o estudo concernente ao tema "Partilha de Bens Causa Mortis na União Estável."

⁷ Disponível em: <http://www.edeus.org/edeus/respostas14> acessado em 25/09/2009.

CONCLUSÃO

A nossa atual Constituição Federal, afirma que a união estável configura –se em “entidade familiar” e deve ter a proteção do Estado e a matéria foi inserida no âmbito de direito de família. Houve a tentativa de regulamentar o artigo 226 § 3º, da nossa lei maior e promulgou - se as leis 8.971/94 e a 9.278/96. Sendo que a primeira lei editada em 29 de dezembro de 1994, seu objetivo era assegurar as concubinas, o direito a alimentos, porém com alguns requisitos, só teria este direito o cônjuge que não constituísse nova união, e que conseguisse provar real necessidade.

No âmbito sucessório, o sobrevivente, teria o direito à metade dos bens, que forem deixados pelo o autor (a) da herança e que estes fosse conseguido por meio do esforço comum ou da colaboração de ambos os companheiros. Porém para que o companheiro tivesse o direito a toda a herança não poderia ter herdeiros descendentes ou ascendentes.

Já a lei 9.278/96 editado em 10 de maio de 1996, foi revogado parcialmente, nos casos que ocorre em relação aos alimentos, e que se configura união estável. As regras imposta do tempo de convivência para que se configurasse união estável que era por mais de cinco anos, ou caso existisse filhos, foram retiradas, porém criou-se o dever de assistência material de forma recíproca entre os concubinos, ou seja, responsabilidade igualitária, tanto para um como para o outro cônjuge. Quanto ao direito sucessório foram poucos as alterações feitas. Isto porque permaneceu o usufruto em favor do sobrevivente acrescentando-lhe o direito real de habitação.

Diante deste quadro comparativo entende-se que as restrições a direitos adquiridos anteriormente pela lei revogada de forma parcial, não ocorreu, quanto do revés os benefícios que a nova lei trouxe foi de que a exigência da convivência seria de cinco anos, e não existindo filhos, para que se caracteriza união estável. Entende-se que o companheiro era herdeiro e não iria concorrer com os colaterais.

O novo ordenamento jurídico não revogou as já mencionadas leis ordinárias. No entanto, os fundamentos, como também as informações que foram adquiridas no

transcorrer das pesquisas realizadas, pode-se concluir que houve uma revogação tácita das leis em que estamos comentando. O Código Civil aborda o assunto, com a mesma exceção do parágrafo único artigo 7º da lei nº 9.278/96 que da direito real de habitação e este caso não está previsto no Código Civil.

A edição da Lei 10.406/02, veio com muitas inovações tanto com relação ao cônjuge, quanto em relação ao companheiro. Mesmo que o companheiro tenha recebido proteção constitucional razão esta em que a união estável, hoje é tratado como entidade familiar, houve um tratamento diferenciado ao cônjuge e ao companheiro, por parte dos legisladores.

As inovações em relação ao cônjuge e em relação ao companheiro sofreu alguma melhoras no que diz respeito a sucessão causa mortis o tratamento foi diferente para com o companheiro sobrevivente deixando-o no prejuízo, causando um desastre na área jurídica. Parecia estar evidente que o companheiro na condição de supérstite, tivesse direitos iguais, em comparação ao cônjuge sobrevivente. Houve um descaso, com a regulamentação da sucessão do companheiro no Código Civil, as adaptações, os ajustes que foram reivindicados por doutrinadores pátrios, as aspirações não foram ainda supridas.

Entende-se que o companheiro é um herdeiro eventual, que participa da sucessão, e sua regulamentação como herdeiro não possui quando na referencia à ordem de vocação hereditária. Conforme os artigos 1.790, 1.845 e 1.846 do Código Civil, o companheiro não é herdeiro necessário: ele só recebe a herança na sua totalidade se não existir parentes colaterais de quarto grau (primos, sobrinhos, netos, tios, avós), ficando com vantagens o cônjuge que não concorre com colaterais.

Para os parceiros de uma relação homoafetiva, a situação é mais complexa, porem já existi jurisprudências que tratam do caso, buscando fundamentos na Constituição Federal, com base no princípio da dignidade humana, artigo 1º, e conforme casos já citados nesta monografia de casos em que a lei nº 11.340/06, Lei Maria da Penha, esteve inclusa, como também a garantia de benefícios previdenciários.

A interpretação em caráter construtivo deve ser feita, por profissionais habilitados como: advogados, magistrados, para que o companheiro, ou o parceiro (a) de uma relação a dois tenham suas garantias jurídicas na partilha de seus bens.

O artigo 1.790 do Código Civil considera do como inconstitucional, poderá, portanto sofrer mudanças em um futuro próximo, porque a sociedade está sempre se transformando e evoluindo, e aquilo que parece ser bom hoje, amanhã poderá ser mudado, conforme a evolução social.

Diante de tudo que foi estudado é aceitável, quando Hinoraka diz ser partidária da supressão do artigo 1.790, e que haja maior inserção do companheiro de forma igualitária ao cônjuge, com direito iguais na partilha dos bens, no direito sucessório. Sendo assim, o companheiro incluso ao lado do cônjuge (art 1.829), o primeiro não mais concorreria com o grande número de parentes sucessíveis (irmão, tios, sobrinhos, etc.) e caso ocorra falta de parentes, o companheiro ficaria com toda a herança. As inovações poderá dar a este direito real de habitação, desde que fosse o único inventariar, podendo este ser incluído na ordem de vocação hereditária como herdeiro necessário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Estatuto da Família de Fato**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BÍBLIA, Português: **Alemeida: Almeida, João Ferreira**, 1994.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Navaes; Pereira Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões e o Novo Código Civil**, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil Direito de Família**, São Paulo, Saraiva, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito das Sucessões**, São Paulo, Atlas, 2001.

WOLD, Arnoldo, **Direito de Família** Editora Revista do Tribunais, 1995.

LEGISLAÇÃO:

BRASIL, **Código Civil (1916)**. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____, **Código Civil (2002)**, In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____, **Código Civil (1988)**, In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____, **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**, Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva.

_____, **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**, Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____, Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, dispõe sobre ação de alimentos.

_____, Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha.

ENDEREÇOS ELETRÔNICOS:

DIAS, Maria Berenice. Liberdade Sexual e Direitos Humanos, anais do III Congresso de Direito de Família. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira, Belo Horizonte: IBDFAm_Del Rey, 2002, disponível em:

<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.aspx?dh=1117>

_____, Maria Berenice, ***Direito à Diferença***, Revista Jurídica Areópago da Faculdade Unifaimi, Ano I (2008), Edição nº 3, disponível em:

<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao3/Homoafetividade%20e%20o%20direito%20à%20diferença%20-%20berenice.pdf>

LÔBO, Paulo, Direito Civil, ***Famílias***, Saraiva, São Paulo, 2008.

WALKER, Daniel, ***Introdução ao Estudo da Sexologia***, disponível para download em: http://www.4shared.com/file/17434626/d47ca8f1/d_wr-sea.html?cau2=403tNull publicado em 2007.

ANEXO

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. Foi reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC)". (TJ, Estado do Rio Grande do Sul, AC 70009550070, Des. Luiz Felipe Brasil Santos, DESA. MARIA BERENICE DIAS, 2004)

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. Foi reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo. (TJ, Estado do Rio Grande do Sul, AC 70012836755, Des. Luiz Felipe Brasil Santos (revisor), Des. Ricardo Raupp Ruschel, Des. Maria Berenice Dias, 2005)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principais e cautelares. 2. O entendimento ajustado nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. Apesar 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. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, desde 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 do mesmo sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. 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. 6. 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. 5. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 820475/RJ, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Ministro Luis Felipe Salomão, 06/10/2008)