

A UNIÃO HOMOAFETIVA E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DAS SUCESSÕES

Almir Garcia Fernandes*
almirgf@uol.com.br

Mário Antônio Carneiro**
marcio.carneiro@cbmm.com.br

RESUMO

A decisão do STF, em julgamento da ADI 4277 e da ADPF 178, que reconheceu a união estável entre homoafetivos, nos termos do Art. 1723 do Código Civil, desencadeou uma série de mudanças no Ordenamento Jurídico Brasileiro; com reflexos, principalmente, na área cível. Nesse Artigo, especificamente, foi abordado a repercussão da decisão, no direito das sucessões. Inicialmente, o Artigo foca no estudo da sucessão do companheiro, de acordo com o Código Civil Brasileiro; analisando, em seguida, a Legislação Estrangeira, em comparação ao nosso Ordenamento Jurídico, em se tratando de união entre pessoas do mesmo sexo. Por fim, será feita uma análise da evolução dos direitos dos homoafetivos e da repercussão da decisão do STF, no direito das sucessões.

Palavras-chave: Direito das Sucessões; União Homoafetiva; Supremo Tribunal Federal.

1 INTRODUÇÃO

As mudanças nos paradigmas do Direito, em geral, ocorrem em virtude da forma como o seu processo de interpretação é apurado. O reconhecimento, por parte do STF, em julgamento à ADPF 132, redistribuída como ADI 4277, que reconheceu a união estável de pessoas do mesmo sexo, representou uma dessas formas de mudança de paradigma, pela simples modificação na interpretação da norma jurídica.

Interessante destacar que não houve qualquer alteração legislativa para o reconhecimento das relações homoafetivas; ao contrário, a modificação no reconhecimento da união estável de pessoas de mesmo sexo foi fruto de um trabalho hermenêutico.

* Professor de Direito Civil e Empresarial no Centro Universitário do Planalto de Araxá. Especialista em Direito Processual Civil, pela Universidade Federal de Uberlândia. Mestre em Direito das Relações Econômico- Empresariais, pela Universidade de Franca. Doutor em Direito Comercial pela PUC – SP.

** Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Planalto de Araxá.

Cabe, então, analisar os reflexos daquela decisão que implicarão em lides e discussões, especialmente na esfera Cível. O Direito de Família será, diretamente, atingido quer seja nos Institutos do Casamento, quer seja pelo Instituto da Adoção. Ainda, o Direito das Sucessões, como não poderia deixar de ser, também, terá repercutida a decisão quanto à partilha dos bens; pois, o companheiro ganha *status* de herdeiro necessário. Para alguns Doutrinadores, o momento é único e marcante:

O Direito Civil vive um momento ímpar em sua história: um momento de transformações, de revisões conceituais, de superação dos antigos modelos burgueses patrimoniais de construção do fenômeno jurídico. (Vargas, 2011, p.81)

Neste Artigo, serão abordados os reflexos da referida decisão, sob o ponto de vista do Direito das Sucessões; iniciando-se com os aspectos gerais e com os direitos do companheiro, de acordo com o Código Civil. Aborda, ainda, a relação homoafetiva estrangeira e a sua relação com o nosso Ordenamento Jurídico; e, depois trata-se da evolução dos direitos dos homoafetivos. Finalizando, analisa a decisão do STF que reconheceu a União Estável de Casais Homoafetivos.

2 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO DE ACORDO COM O CÓDIGO CIVIL

2.1 ASPECTOS GERAIS DA UNIÃO ESTÁVEL

O cônjuge, no Direito das Sucessões, refere-se ao consorte, visto que o Código Civil trata não só do cônjuge como agente da relação jurídica, denominada casamento; mas também, do companheiro; nesse caso, oriunda de uma relação, conhecida como União Estável. Essa união, assim, pode ser entendida: “União estável é a união de homem e mulher solteiros, separados, divorciados ou viúvos. É a união pública, contínua e duradoura.” (Fiúza, 2006, p.1022).

A União Estável, portanto, configura-se na vida conjugal, diversa do casamento civil ou celebrado religiosamente, que, para os efeitos do Direito Civil, equiparam-se. Já, na Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 226, Parágrafo 3º, foram garantidos aos unidos estavelmente os mesmos direitos dos casados civilmente. Essa união, definida na Constituição Federal do Brasil; e, também, em outras Legislações Infraconstitucionais, para ser caracterizada como tal, precisa configurar uma relação duradoura, pública e contínua. Cabe

observar, que a União Estável é uma Entidade Familiar, “devendo a Lei facilitar a sua conversão em casamento”, CF/88. Dessa forma, é preciso observar os impedimentos aplicados ao matrimônio e definidos, no Código Civil, no seu Artigo 1521. Sendo assim, não se configurará a União Estável, quando os consortes forem impedidos, nos termos da Lei do Casamento. Salienta-se que, só aos impedidos é defesa a caracterização da União Estável, podendo ser configurada como tal, os sujeitos à letra do Artigo 1523; ou seja: “as causas suspensivas do Artigo 1523 não impedirão a caracterização da União Estável”, CF/88.

Sobre o regime de bens dos companheiros, podem os consortes estabelecer um contrato, por escrito, sobre a disposição patrimonial da relação; e, isso ocorrendo, em caso de dissolução, cumprir-se o acordo no contrato. Não havendo tal disposição contratual, a Lei equipara a União Estável ao Casamento, sob o regime da Comunhão Parcial dos Bens.

2.2 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

Com a morte do companheiro, inicia-se a sucessão, a qual precisa, antes de mais nada, ser verificada quanto à existência, ou não, de alguma disposição contratual sobre o patrimônio dos consortes. Caso exista algum contrato que estabeleça o regime de bens dos companheiros, com a morte de algum deles. Primeiramente, verifica-se o descrito no contrato, para determinar de que modo ocorrerá a dissolução do consórcio. Caso não exista nenhum contrato, com a morte de um consorte, faz-se a meação do patrimônio, como se fossem casados sob o regime da Comunhão Parcial de Bens. O patrimônio sujeito à herança será distribuído entre o companheiro, os filhos do casal, os filhos só do falecido e outros parentes, de acordo com o Artigo 1790 do Código Civil. O patrimônio a ser analisado na abertura da sucessão, refere-se ao patrimônio adquirido, onerosamente, na constância da União Estável. Não entra nessa soma, o patrimônio individual dos consortes, conforme dispõe o Art. 1659, do Código Civil. Definido o patrimônio, objeto da herança, o Artigo 1790, do Código Civil, estabelece a ordem da vocação hereditária, a ser seguida, qual seja:

- I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
- II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
- III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
- IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Quanto aos bens adquiridos, onerosamente, na constância da União Estável, não resta nenhuma dúvida acerca da distribuição desse patrimônio, com a morte de um dos companheiros. É claro o *Caput* do Art. 1790 do Código Civil, que estabelece que o companheiro sobrevivente participará da sucessão do outro. Questiona-se quanto ao patrimônio individual do falecido, se o cônjuge supérstite teria, ou não, direito a recebê-lo a título de herança. Nos casos quando o autor da herança possui filhos, o patrimônio individual é destinado a eles e na ausência destes, a seus descendentes.

Não possuindo descendentes, herdamos os ascendentes; e, por último, os colaterais, nos termos do Código Civil. Alerta César Fiúza, que uma análise superficial do Art. 1790 poderia levar ao “absurdo de interpretar a norma no sentido de colocar o companheiro em situação inferior à do Estado”. Pág. 1022. Tal possibilidade se configuraria num hipotético exemplo, quando houvesse uma relação de União Estável, em que não fora constituído nenhum patrimônio a título oneroso, na constância dessa relação; e, o *de Cujus* possuísse um patrimônio individual. Se o companheiro supérstite, que não possuísse filhos com o falecido; e, este não possuísse descendentes, ascendentes ou colaterais, sujeitos à percepção de herança. Nesse caso, obedecendo ao descrito no Art. 1844, o companheiro não herdaria nada; enquanto o Estado ficaria com o referido patrimônio. Tal possibilidade é inaceitável, pois a própria Constituição Federal do Brasil garante proteção ao companheiro, em seu Art. 226 §3º.

Nesse sentido, ainda que remota a possibilidade, o companheiro poderá herdar o patrimônio individual do falecido, quando não houver parentes, na linha sucessória, conforme descrito anteriormente.

Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, está se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal. (Código Civil, Art. 1844)

Outro questionamento a surgir, seriam os casos em que o companheiro é concorrente de filhos comuns e de filhos exclusivos do morto. Nesse exemplo, algumas possibilidades podem ser estabelecidas, já que o Código não contempla tal circunstância, sendo elas: uma primeira opção seria entender o fato como uma lacuna da Lei; quando, por analogia ao Casamento sob o regime da Comunhão Parcial de Bens, seria aplicada a regra do Art. 1829, do Código Civil. Outra opção seria aplicar o Art. 1790, I ou II, em função do número de filhos

comuns ou exclusivos; nesse caso, aplicaria o Inciso, referente ao maior número de filhos. E, uma terceira e última opção seria calcular, de forma separada, a cota do companheiro; considerando os filhos unilaterais ou bilaterais; nesse caso, após o cálculo do valor a ser herdado pelo companheiro dividiria o restante por um denominador igual ao número de filhos.

2.3 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

O Direito Real de Habitação é a faculdade que a Lei confere ao cônjuge supérstite, para não se ver privado de sua de sua moradia; independentemente do regime de bens, no qual eram casados. No Código Civil de 2002, o Legislador, no Art. 1831, abordou o Instituto.

O Direito Real de Habitação, presente no Código Civil de 2002, é remanescente do Art. 1611, do Antigo Código Civil de 1916:

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar. (Código Civil de 1916)

Esse direito de continuar na residência da família, também, foi estendido a partir de 1996, ao companheiro sobrevivente, membro de uma União Estável; desde que, da mesma forma, como ocorria com os casados, fosse o prédio em questão, o único da natureza a inventariar.

Estranhamente, o Código Civil de 2002 nada relacionou ao Direito Real de Habitação; portanto, no que se refere ao companheiro, há de se perguntar: teria direito ao usufruto do único bem utilizado como moradia, o companheiro supérstite unido estavelmente? O Artigo 226, §3º da CF/88 garante à União Estável uma proteção, como Entidade Familiar; devendo a Lei facilitar a sua conversão em Casamento.

Daí, dá para tirar uma primeira conclusão: a Constituição, embora tenha dado à União Estável toda a proteção do Estado; ela entende que o Casamento é um Instituto a ser defendido; sendo, portanto, diverso da referida relação, descrita anteriormente; ou seja, a União Estável. Entendendo, assim, poderíamos chegar ao absurdo de interpretar o Código Civil, combinado com a Constituição Federal, não concedendo ao companheiro sobrevivente o Direito Real de Habitação.

Porém, há de se ressaltar que o objeto do Direito das Sucessões é de cunho patrimonial; o que excluiria, dessa forma, o direito em questão ao companheiro. Por outro lado, embora o Artigo 1831 esteja no Livro V do Código Civil, Direito das Sucessões, o seu escopo é de natureza tutelar; e, sendo assim, baseado na proteção da Entidade Familiar, contida em nossa Lei Maior, entendo que ao companheiro supérstite faz jus o Direito Real de Habitação.

Nesse mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO À COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. O direito real de habitação está calcado nos princípios da solidariedade e da mútua assistência, característicos da união estável. Apesar de o Código Civil não ter conferido expressamente o direito real de habitação àqueles que viveram em união estável, tal direito subsiste no ordenamento jurídico em razão do parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96. Inexiste incompatibilidade entre as duas legislações. Equiparação entre união estável e casamento levada a efeito pela Constituição Federal. NEGARAM PROVIMENTO. (TJ/RS – 8ª C. Cív., Ap. Cív. nº 70018291468, Rel. Des. Rui Portanova, julg. 01.03.2007).

Parece-nos que esse posicionamento é o mais acertado, devendo ser implementado.

3 A UNIÃO HOMOAFETIVA INTERNACIONAL E O NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

3.1 ASPECTOS GERAIS DA UNIÃO HOMOAFETIVA, NO CAMPO INTERNACIONAL

Maria Berenice Dias afirma que o mundo se divide em três grandes grupos, quanto ao tratamento jurídico homossexual (DIAS apud Vargas, 2011, p. 107). Existem os países que consideram a conduta criminosa e a reprimem, de forma veemente; existem os países que possuem Legislação avançada que permite a garantia de diversos direitos aos homoafetivos; e, ainda, aqueles, nos quais o Brasil se enquadra, que não punem a conduta; porém não possuem uma Legislação que garanta os direitos, de uma forma geral, aos homoafetivos. Percebe-se, contudo, que há um movimento global, no sentido de modernizar as Legislações e ampliar os direitos dos homoafetivos.

Apesar dessa tendência mundial, especialmente nos países ocidentais, os quais, também, primam por um culto ao direito à liberdade e à diferença, poucos são aqueles que já normatizaram sobre o Casamento entre pessoas do mesmo sexo. Hoje, os países que toleram o

Casamento são: Holanda, Bélgica, Espanha, Canadá, Reino Unido, África do Sul, Noruega, Suécia, Portugal, Argentina, e, em alguns estados dos Estados Unidos. (Vargas, 2011, p.109).

No Brasil, não se permitia o Casamento de nubentes de mesmo sexo, em Embaixadas e Consulados, mesmo se o país de origem dos envolvidos o permitisse, nos moldes do Art. 7º, § 2º da LINDB, antiga LICC. Contudo, com a decisão do STF, acredita-se que tal permissão será concedida. Antes da mudança, a vedação fundamentava-se no Código Civil, que, no seu Artigo 1514, descrevia expressamente “homem e mulher”, ao referir-se sobre o momento do Casamento; e, na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

A antiga Lei de Introdução ao Código Civil, determina que os Casamentos, realizados em nosso país, aplique-se a Lei Brasileira, no que se refere aos impedimentos dirimentes às formalidades da celebração. Desse modo, tendo em vista a mudança, oriunda da decisão supracitada, entende-se que a diferenciação, descrita no Código Civil, tornou-se inconstitucional; e, dessa forma, passa a ser possível a formulação de Casamento de pessoas do mesmo sexo, nascidas no estrangeiro, onde seus países de origem permitam tal conduta, tal qual se permite aos brasileiros.

3.2 UNIÃO CIVIL INTERNACIONAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em alguns países da Europa e nos Estados Unidos, existem algumas formas de proteção aos direitos, oriundos das uniões homoafetivas, denominadas Parcerias Cívicas, Parcerias Domésticas ou Parcerias Registradas. Em que pese algumas diferenças, os Institutos citados visam a garantir aos parceiros direitos similares àqueles, oferecidos no Casamento; tais como, o direito à herança, benefício da pensão por morte, à guarda do filho do companheiro, à adoção de mesmo sobrenome, ao seguro de vida do parceiro, dentre outros.

Nesses tipos de união, há de se observar algumas particularidades frente a possíveis conflitos. Sendo os contratantes estrangeiros e vindo a residirem no Brasil, qual seria a consequência dessa união civil? Da mesma forma, se fossem dois brasileiros que celebrassem, no exterior, tal obrigação contratual; ou, ainda, se fosse um brasileiro e um estrangeiro? Em ambos os casos a resolução do conflito passa, necessariamente, pelo mesmo entendimento. Visto que se trata de uma obrigação, oriunda de um contrato, temos que nos recorrer ao Artigo 9º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro: “Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a Lei do país, em que se constituírem.”

Portanto, a União Civil, realizada no exterior, obedece aos ditames normativos de sua origem.

3.3 O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E O DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

Do ponto de vista da União Homoafetiva, cabe analisar se a União ou o Casamento, realizado no exterior, possui o condão de gerar efeitos no Ordenamento Jurídico Brasileiro; mais especificamente, no Direito Sucessório. O nosso Ordenamento Jurídico adota o Princípio da Territorialidade, ou seja, as nossas Leis são aplicadas em todo o nosso território; inclusive nos chamados territórios fictos como Embaixadas, Consulados e Navios de Guerra.

Contrário a esse sentido, com o objetivo de harmonizar diferentes Ordenamentos Jurídicos, frente a eventuais conflitos, a própria Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro admite exceções. Como determina o Art. 7º, quando aponta que a “Lei do país que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade, e os direitos de família”.

A mesma Lei, em seu Art. 10 e 11, também, admite a possibilidade da aplicação de Lei estrangeira, no território brasileiro, quando se refere ao Direito Sucessório.

Em matéria de sucessões o direito pátrio admite a aplicação da *lex domicilli*, abrindo espaço para que reconheçam no Brasil os efeitos do casamento entre pessoas do mesmo sexo realizado no exterior. (VARGAS, 2011, p.124)

Cabe, por fim, analisar algumas situações fáticas, de modo a compreender a aplicação do Direito Sucessório estrangeiro, no Brasil. Numa primeira situação, teríamos um casal brasileiro, casado ou unido estavelmente no exterior e domiciliados, também, no exterior. Nesse caso, como a própria LINDB afirma em seu Art. 10º: “a sucessão por morte obedece à Lei em que era domiciliado o defunto, qualquer que seja a natureza ou a situação dos bens”.

Numa segunda situação, teríamos um dos consortes brasileiro e o outro estrangeiro, domiciliados no exterior. Como, no exemplo acima citado, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro determina que seja obedecida à Lei do país do domicílio dos consortes; salvo se possuírem bens no Brasil; que, nesse caso, serão obedecidas às Normas Brasileiras, referentes aos bens aqui fixados, em favor do consorte brasileiro.

Numa terceira situação, teríamos um brasileiro e um estrangeiro, casados ou unidos estavelmente, morando no Brasil. Nesse caso, o Art. 10º, § 1º determina que o processo obedeça à Lei Brasileira, quanto aos bens aqui fixados, em favor do consorte brasileiro.

Numa quarta situação, teríamos dois estrangeiros, casados ou unidos estavelmente, domiciliados no Brasil. Do mesmo modo, descrito no exemplo anterior, a LINDB determina que seja obedecida à Lei Brasileira.

4 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS AO COMPANHEIRO HOMOAFETIVO

Uma das principais evoluções dos direitos dos homoafetivos se deu no âmbito previdenciário. O sistema de proteção social, no Brasil, tal como é hoje, ocorreu em uma evolução lenta; e, só, no século XX, culminou com as primeiras regras de caráter geral de Previdência Social. Não diferente do que ocorreu no resto do mundo, as primeiras regras de proteção social dos indivíduos tinham um caráter assistencialista.

Destaca essa evolução Antônio Carlos de Oliveira:

O primeiro texto em matéria de previdência social no Brasil foi expedido em 1821, pelo ainda Príncipe Regente, Dom Pedro de Alcântara. Trata-se de um Decreto de 1º de outubro daquele ano, concedendo aposentadoria aos mestres e professores, após 30 anos de serviço, e assegurado um abono de $\frac{1}{4}$ (um quarto) dos ganhos aos que continuassem em atividade. (CASTRO, 2009, p.62).

Não considerando a Legislação Colonial, a doutrina entende como marco inicial para a nossa Legislação Previdenciária, a Lei Eloy Chaves. O Decreto Legislativo nº 4.682, de 24/01/1923, ou, Lei Eloy Chaves, como ficou conhecida, criou as Caixas de Aposentadoria e Pensões dos Trabalhadores das Empresas de Estradas de Ferro. Por meio de contribuições, as Caixas asseguravam aos trabalhadores a aposentadoria; e, aos dependentes a pensão, em caso de morte. A pensão, aqui, referida e descrita no Art. 26 da Lei Eloy Chaves, permitia ao viúvo, numa ordem de sucessão legal, a pensão, enquanto durasse o estado de viuvez. Cabe observar que a Lei Eloy Chaves não reconhecia a União Estável entre pessoas de sexo diferente; e, muito menos, em pessoas de mesmo sexo. Outro aspecto a considerar é que a pensão só era concedida, no período entre o início da viuvez até o momento em que a viúva contraísse novas núpcias.

A Lei Eloy Chaves, apesar de ser a primeira sinalização previdenciária, em nossa Legislação Nacional, era restrita aos trabalhadores das empresas de estrada de ferro. Dessa forma, havia a necessidade da criação de uma Instituição de âmbito nacional.

Nesse contexto, foram criados os IAPs, Institutos de Aposentadoria e Pensões; sendo os mais conhecidos o IAPM, Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos; o IAPC, Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários; o IAPB, Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários; e, o IAPETC, Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas. Apesar da evolução em nossa Legislação Previdenciária, o companheiro, ainda, era ignorado. Assim, nenhum benefício previdenciário a ele era concedido.

Em 1960, é criado o Ministério do Trabalho e Previdência Social e promulgada a Lei 3.807, Lei Orgânica da Previdência Social, LOPS. Essa Lei não extinguiu os Institutos de Aposentadoria e Pensões; todavia, unificou as regras entre eles; tratando, de forma igualitária, os benefícios dados a todos os dependentes. A mudança ocorreu mais no sentido de uniformizar os benefícios entre os Institutos; não criando nenhum novo direito aos segurados; e, incluídos, nesse contexto, os companheiros.

Em 1º de janeiro de 1967, ocorre, de fato, a unificação formal dos IAPs, com a criação do INPS, Instituto Nacional de Previdência Social, que passa a controlar todo o sistema de previdência, no Brasil. Apesar da criação do INPS, só, em 1971, foi concedido aos trabalhadores rurais o benefício da aposentadoria; e, em 1972, estendidos aos trabalhadores domésticos.

O ápice para os direitos previdenciários se deu com a Constituição Federal de 1988; quando, além de normas de custeio, que garantiam a atuação do Estado, nas áreas de saúde, assistência social e previdência social, foram estabelecidos, princípios da dignidade da pessoa humana; os quais, aplicados à Previdência Social, aumentaram, em demasia, os benefícios aos segurados.

O Artigo 201, V, da Constituição de 1988 foi uma demonstração de que a nova ordem jurídica, então estabelecida, passaria a proteger por meio do Estado, não só o cônjuge, mas também, o companheiro. Nesse sentido, o Artigo 226 § 3º garante o reconhecimento da União Estável como forma de proteção à Entidade Familiar.

Seguindo essa linha evolutiva, em 1990, é criado o Instituto Nacional de Seguro Social, o INSS; e, 1991, as Leis 8.212/91 e 8.213/91, que tratavam, respectivamente, de custeio e concessão de benefícios da Previdência Social. A partir do reconhecimento da

própria Constituição Federal de 1988, a Lei 8.213/91, em seu artigo 16, faz, pela primeira vez, na história legislativa brasileira, uma menção ao companheiro como beneficiário, na condição de dependente:

Art. 16 São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;(Lei 8.213/91)

Com a garantia constitucional de proteção do Estado, frente à Entidade Familiar, seja ela, oriunda de um Casamento Civil ou de uma relação de concubinato, surgem algumas situações a serem observadas, como por exemplo: nos casos em que as partes da relação de concubinato são solteiras, divorciadas ou separadas judicialmente ou de fato, é mister entender que o companheiro dependente é beneficiário do segurado. Porém, se a relação de concubinato é impedida legalmente, de se converter em Casamento, nos termos do Código Civil, não há de se falar em benefício previdenciário, como dependente desse segurado.

O direito a ser beneficiário dependente do segurado da Previdência Social, para o companheiro de sexo oposto, não possui qualquer restrição; entretanto, o mesmo não ocorre nas relações homoafetivas. O Legislador Constituinte tratou da proteção da família, no que se refere ao Casamento, à União Estável entre pessoas de sexos diferentes; e, até a família monoparental; todavia, foi omissivo quanto às relações homoafetivas.

Nesse mesmo sentido e seguindo a mesma linha, o Código Civil de 2002, não trouxe nenhuma inovação, nesse tipo de relação; ao contrário, foi enfático ao considerar que a União Estável e o Casamento realizam-se entre o homem e a mulher.

Na área previdenciária, especificamente, o Legislador, num primeiro momento, referiu-se ao companheiro, em sentido amplo. Todavia, no Art. 16, § 3º, da Lei 8.213, na Seção dos dependentes, define a União Estável, fazendo uma remissão à Constituição Federal.

§3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do Art. 226 da Constituição Federal. (Lei 8.213/91)

Ocorre que o § 3º do Art. 226, da Constituição Federal do Brasil, define como União Estável a relação entre o homem e a mulher. Apesar de clara a intenção inicial do Legislador

em excluir do contexto jurídico as relações homoafetivas, houve uma evolução, nos últimos anos; mudando a jurisprudência, no sentido de tolerar tal relação.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já havia prolatado diversas decisões no sentido de reconhecer a União Estável Homoafetiva, para fins previdenciários. Esse mesmo Tribunal Superior reconhece a União Homoafetiva, para os fins de inclusão de companheiro ou companheira, em plano de saúde. Ainda, nesse sentido, a Instrução Normativa 118, do INSS, garantiu ao companheiro do mesmo sexo a proteção previdenciária, com efeitos *ex tunc*, para aqueles que fizerem prova da União Estável e da dependência econômica, em face do companheiro, falecido ou recolhido preso:

Art. 30. O companheiro ou companheira homossexual de segurado inscrito no RGPS passa a integrar o rol dos dependentes e, desde que comprovada a vida em comum e a dependência econômica, concorrem para fins de pensão de morte e de auxílio-reclusão, com os dependentes preferenciais de que se trata o inciso I do art. 16 da Lei 8.213, de 1991, para os óbitos ocorridos a partir de 5 de abril de 1991, ou seja, mesmo tendo ocorrido anteriormente à data da decisão judicial proferida na Ação Civil Pública n/ 2000.71.00.009347-0 (INSS. In 118. VARGAS, 2011,p.73. Disponível em <[http:// www81.dataprev.gov.br/sislex/páginas/38/INSS-DC/2005/118.htm](http://www81.dataprev.gov.br/sislex/páginas/38/INSS-DC/2005/118.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2010)

Já a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), motivada por força judicial, oriunda do julgamento de uma Ação Civil Pública, publicou uma circular, no ano de 2004, conferindo ao companheiro do mesmo sexo, a condição de beneficiário do DEPVAT - Seguro Obrigatório de Veículos.

Outra decisão importante para o amadurecimento do assunto, foi um recente Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, que emitiu, no documento, um enunciado favorável à inclusão do dependente homoafetivo, em Declaração do Imposto de Renda. O Parecer funda a sua decisão em tendências jurisprudenciais dos Tribunais Superiores; e, conclui pela equiparação entre os casais hetero e homossexuais, para os fins tributários da Declaração do Imposto de Renda.

Por este prisma, pouco importa se é homo ou hetero a união que se cogita. O que importa é a estabilidade e finalidade familiar da relação, pois o elemento teleológico imanente à espécie, conjugado com o princípio da igualdade e da dimensão social dos direitos previstos na Constituição, está a indicar a correta interpretação que merece prevalecer na hipótese, o que afasta qualquer opção contrária ao conteúdo axiológico da norma interpretada. (PGFN, item 69 do Parecer 1.53/10. VARGAS, 2011, p.74).

Considerando a constante evolução da sociedade e inserida nessa, o Direito, há de se entender que, ainda, que haja resquícios de resistência quanto às relações homossexuais, faz-se necessária uma nova interpretação da própria Constituição Federal.

A menção do Legislador Constituinte à união entre homem e mulher deve ser interpretada em consonância com as demais regras e princípios da própria Constituição. Máxime os princípios axiológicos dos Direitos Humanos, em cujo vértice encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual assegura a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, em um regime de igualdade e liberdade. (SANTOS, 2011)

5 A DECISÃO DO STF QUE RECONHECEU O *STATUS* DE UNIÃO ESTÁVEL ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS E A SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DAS SUCESSÕES

5.1 A REPERCUSSÃO GERAL DA DECISÃO DO STF

A histórica decisão do STF, em julgamento da ADI 4277 e da ADPF 178, que reconheceu a União Estável entre homoafetivos, nos termos do Art. 1723 do Código Civil, terá efeitos em todas as esferas do Direito. Trata-se de uma decisão *erga omnes* e efeito vinculante, que reconhece que os mesmos direitos e deveres dos companheiros de sexos opostos nas Uniões Estáveis sejam aplicados aos companheiros de União Estável de mesmo sexo.

A decisão tem repercussão geral, aplicável a todas as Legislações e a todos os Institutos do Direito Brasileiro; inclusive de forma retroativa. A decisão refere-se à inconstitucionalidade de uma Lei, nesse caso, do Código Civil, Art.1723; que estabelecia uma discriminação, explicitando a União Estável entre homem e mulher; deixando de lado a União Homoafetiva. Essa decisão, também, gera efeitos *ex tunc*, como leciona Alexandre de Moraes:

Declarada a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde a sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas. (MORAIS, 2008, p.755)

A retroatividade, aqui mencionada, refere-se, não só, a questões relativas a processos em andamento, como também a sentenças transitadas em julgado. Trata-se de um entendimento do STF, que contraria o Instituto da coisa julgada; que, nesse caso em tela, é preterido ante o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

A declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado e, conseqüentemente, a retroatividade de sua nulidade alcança, inclusive, sentenças judiciais transitadas em julgado, uma vez que, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, “a rescindibilidade do acórdão conflitante” decorre “do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e da conseqüente prevalência do STF”. (MORAIS, 2008, p.755)

5.2 A REPERCUSSÃO DA DECISÃO DO STF, NO DIREITO DAS SUCESSÕES

Como não é diferente, o Direito das Sucessões será, também, inquestionavelmente, atingido por tal decisão; mesmo, nos processos sucessórios em que já estejam em andamento. A princípio, numa análise de um processo sucessório, o primeiro passo a se observar é a Legislação vigente; e, nesse sentido, cabe uma reflexão. O Art. 1787, do Código Civil, leciona que se aplica a Lei vigente ao tempo da abertura da sucessão.

Observa-se que a sucessão se regula, pela Lei vigente ao tempo de sua abertura, não podendo aplicar uma nova Lei, caso a existente ao tempo da abertura tenha sido alterada, de alguma forma. Nesse caso, entende-se que a Lei existente, na abertura da sucessão, era inconstitucional; portanto, não se trata de alteração legislativa; e, sim de uma interpretação, nos ditames da Constituição Federal do Brasil, vigente à época da abertura da sucessão.

Corroborando com esse entendimento, a própria Carta Magna, em seu Art. 5º, *Caput* e Inciso I, já garantia a todos, sem qualquer distinção, igualdade perante a Lei.

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição, opera, frente à edição, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. (MORAIS, 2008, p.37).

Entende-se que, sendo assim, o contexto da decisão prolatada, em um caso concreto, quando houvesse um processo sucessório, já em andamento, este seria regido de acordo com o novo entendimento do STF. Como exemplo, poderia haver um processo sucessório, fruto de uma União Estável Homoafetiva, em que tivesse o parceiro sobrevivente concorrido para o

aumento do patrimônio, preexistente do falecido. Nesse caso específico, a herança seria destinada aos ascendentes do falecido; nos termos do Art. 1829, do Código Civil.

No exemplo, trata-se de um objeto de sucessão; todavia, se o companheiro sobrevivente houvesse contribuído para o aumento do patrimônio do falecido, far-se-ia necessário haver uma restituição para esse prejuízo; sob pena de enriquecimento ilícito dos herdeiros; fato, totalmente, repudiado pelo Direito. Ocorre que o tal ressarcimento rege-se pelo Instituto da sociedade; diferentemente do modelo atual, que seria tratado como Direito de Família; sendo, portanto, muito mais célere o processo.

Reconhecida a União Estável Homoafetiva, o assunto passa a ser tratado de forma diversa; e, em caso de herança, agora passa a ser contemplada pelo Art. 1790, do Código Civil, sob o crivo da União Estável, sem qualquer discriminação quanto ao sexo dos companheiros. Na sucessão, nenhuma diferença se estabelece entre aquela que ocorre nos casos da União Estável com pessoas do mesmo sexo; ou seja, a concorrência com os filhos comuns e com os filhos exclusivos do autor da herança, dar-se-á, nos moldes do Inciso I e II do Art.1790, anteriormente mencionado.

Em se tratando de concorrência com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança, já se não houver parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança; tal como ocorre nos casos da sucessão do companheiro da União Heterossexual.

5.3 REPERCUSSÃO NOS PROCESSOS DE SUCESSÃO JÁ TERMINADOS

Como dito anteriormente, em se tratando de decisão sobre a inconstitucionalidade de uma determinada matéria, a sentença gera efeitos *ex tunc*; e, como consequência atinge até os processos, já transitados em julgado. Dessa forma, surge uma questão: e, os processos sucessórios já terminados, em que havia como parte interessada um companheiro homoafetivo? Estariam eles fulminados pelo Instituto da prescrição? E, em quanto tempo? Ou seria decadência?

Sobre os questionamentos anteriores, façamos uma breve correlação entre prescrição e decadência. Em todas as relações jurídicas, é possível que haja alguma ameaça ou violação ao direito subjetivo, que poderá ser garantido, por meio de uma ação judicial. Do fato jurídico que deu origem à violação ou à ameaça ao direito subjetivo, nasce ao titular pretensão de reparação ao dano. No entanto, para garantir a segurança jurídica, faz-se necessário limitar o

tempo, para que a parte possa ajuizar o seu pedido; com o objetivo de fazer prevalecer o seu direito subjetivo. A esse lapso temporal dá-se o nome de prescrição.

A prescrição é fator de extinção da pretensão, ou seja, do poder de exigir uma prestação devida em razão de inércia deixando escoar o prazo legal. (DINIZ, 2009, p.225).

Além de limitar o tempo de pretensão da parte interessada, o Instituto da prescrição tem um aspecto punitivo aos negligentes.

A prescrição atinge a ação em sentido material, e não o direito subjetivo; não extingue o direito, gera a exceção, técnica de defesa que alguém tem contra quem não exerceu, dentro do prazo estabelecido em lei, sua pretensão. (DINIZ, 2009, p.225).

A prescrição pode ser alegada a qualquer tempo ou grau de jurisdição; não podendo o Juiz, de ofício, oferecê-la; salvo se favorecer a absolutamente incapaz.

Já, a decadência não se confunde com a prescrição, pois o seu objeto é o direito potestativo; enquanto, a última tem por objeto a pretensão.

O objeto da decadência é o direito que, por determinação legal ou por vontade humana unilateral ou bilateral, está subordinado à condição de exercício, em certo espaço de tempo, sob pena de caducidade. (DINIZ, 2007, p.406).

Feito esse breve relato, diferenciando prescrição de decadência, passamos a analisar especificamente o tema proposto, ou seja, o objeto jurídico do prazo decadencial ou prescricional para o impetramento de ação rescisória.

Pelo já exposto, trata-se de um prazo prescricional, pois somente limita a parte em um lapso temporal, para que se possa executar a sua pretensão. Tal como letra o Art. 205, do Código Civil, a prescrição, nos casos em que a Lei não fixar prazo menor, ocorre em dez anos; como é o caso em tela.

Outro aspecto a observar é o tipo de ação a ser movida para às lides, inseridas nesse contexto, aplica-se o Art. 1824, do Código Civil; pois, o pedido trata-se de uma Petição de Herança.

Art. 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.

Código Civil 2002

A ação de Petição de Herança visa a pleitear, ao excluído do processo, o reconhecimento do direito sucessório, bem como a restituição de sua cota da herança; além dos frutos e rendimentos. Dessa forma, tratam-se dos casos, já litigados e decididos, sob uma ótica discriminatória, de forma justa e propícia, aos antes excluídos, a possibilidade de uma real reparação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Saúda-se a decisão do STF, frente ao julgamento da ADPF 132, redistribuída como ADI 4277, que reconheceu a União Estável de pessoas do mesmo sexo, dado o seu caráter constitucional e engajado nos propósitos não discriminatórios, elencados na própria Carta Magna. O mesmo documento, ou seja, a nossa Constituição, garante a todos a igualdade perante a Lei, sem qualquer distinção de raça, cor, religião, nacionalidade ou sexo.

Desse modo, o Guardião da Lei Maior não poderia agir de forma diversa, se não reconhecer a igualdade entre as Uniões Estáveis, sejam elas de sexos diferentes, ou de mesmo sexo.

Fora o aspecto humanitário e filosófico supracitado, o trabalho que, aqui se conclui, teve como escopo, não a discussão sobre a constitucionalidade ou o cabimento do reconhecimento das Uniões Homoafetivas; e, sim, a repercussão da mudança, no tratamento das Uniões Homoafetivas, na seara do Direito das Sucessões.

Para tanto, aqui, foram tratados todos os aspectos gerais do Direito das Sucessões, da evolução dos direitos dos homoafetivos; além desses direitos, no nosso Ordenamento Jurídico, comparados aos direitos de Ordenamentos Jurídicos estrangeiros. Por fim, o texto tratou-se da implicação direta da mencionada decisão, nas sucessões em curso; e, até naquelas, cujo Instituto da prescrição não lhes tenham atingido.

Dito isso, reforça-se a intenção do Legislador Constituinte em estabelecer, no Art. 5º da Constituição Federal do Brasil, regras fundamentais que tolham qualquer tipo de discriminação. Reitera-se, dessa forma, o entendimento, aqui apresentado, sobre a implicação da nova leitura constitucional, que trata das uniões entre casais do mesmo sexo; ou seja, o caráter declaratório da decisão, vinculando todos os Institutos que se tratarem do assunto: Uniões Homoafetivas, mais especificamente, nesse caso, o Direito das Sucessões.

THE HOMOAFETIVE UNION AND ITS REPERCUSSION IN THE LAW OF SUCCESSIONS

The STF decision, in judgment of ADI 4277 and ADPF 178, which recognized the stable union among homoafetivos, under the terms of Art. 1723 of the Civil Code, triggered a series of changes in the Brazilian Legal Order; with repercussions, mainly in the civil area. In this article, specifically, the repercussion of the decision was addressed in the law of succession. Initially, the Article focuses on the study of the succession of the companion, according to the Brazilian Civil Code; analyzing, then, the Foreign Legislation, in comparison to our Legal Order, when it comes to union between people of the same sex. Finally, an analysis will be made of the evolution of the rights of homosexuals and the repercussion of the decision of the STF in the law of succession.

Palavras-chave: Law of Succession; Homoafetive Union; Federal Court of Justice.

REFERÊNCIAS

ALVES, Geraldo Magalhães. **Constituição Federal Comentada**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de e LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 11. ed. São José: Conceito Editorial, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIUZA, César. **Direito Civil**. 9ª ed. Belo Horizonte: DelRey, 2006.

HOEPPNER, Marcos Garcia. **Síntese de Direito das Sucessões**. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VARGAS, Fábio de Oliveira. **União Homoafetiva**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.