



**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS
DE SERGIPE- FANESE
CURSO DE DIREITO**

FELIPE BASTO SANTOS

**DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO: A
INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO
CIVIL**

Aracaju

2014.1

FELIPE BASTO SANTOS

**DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO: A
INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO
CIVIL**

Trabalho apresentado à Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe
como pré-requisito de conclusão do curso
de Direito.

Profº. Orientador Esp: José Carlos Santos

Aracaju

2014.1

FELIPE BASTO SANTOS

**DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO: A
INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO
CIVIL**

Trabalho de Conclusão de Curso – TCC, apresentado como exigência parcial para obtenção do grau bacharel em Direito a comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Profº Orientador José Carlos Santos

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE

Prof. _____

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE

Prof. _____

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE

Dedico este trabalho a Deus, a minha mãe e irmã pelo incentivo, amor, carinho, compreensão e apoio ao longo dos cinco anos deste estudo, para seguir em frente, e ultrapassar com êxito todas as dificuldades e obstáculos da vida. E, por fim, ao Prof^o. Orientador José Carlos Santos, exemplar orientador, pois sem sua dedicação não seria possível à concretização deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Vamos lá! Confesso que chegar aqui não foi nada fácil e o fechamento de mais uma etapa da minha vida deve-se àqueles que sempre estiveram ao meu lado nos momentos de alegrias e tristezas. Antes, um menino travesso, hoje, um homem que deseja alcançar o infinito com as graças do criador.

Primeiramente, agradeço a Deus pelas bênçãos e oportunidades de chegar aonde cheguei. Aos meus pais, José Lincoln dos Santos e Maria de Fátima Rios Basto que com esforços e demonstrações de amor foram fundamentais para minha formação e principalmente a você minha mãe, por ser esse exemplo de mulher que sempre levou consigo a sabedoria, o trabalho e a honra; foi por você e para você que eu dedico todos os meus esforços, amo você! Às minhas irmãs, Marcela e Paula Renata pela paciência e carinho dedicado.

Aos meus avós, José Gilson dos Santos e Maria Inez dos Santos que foram fundamentais em minha educação e que sem vocês eu não chegaria tão alto! Aos também avós, Antonio Sampaio Leite Basto e Edila Rios Basto que não esqueço nunca, apesar dessa distância geográfica que nos separa. Aos meus tios, Fernando, Lúcia e Lafayette pelos momentos de apoio e afeto. Ao meu padrasto, Aduino, o “mô fio”, que sempre esteve presente desde o início dessa jornada.

A minha namorada, Karine, que sempre tentou cuidar de mim desde que começou a fazer parte da minha vida. Por ser companheira, prestativa e tornando a minha vida melhor em meio a tantos caminhos tortuosos. Te amo!

Aos queridos amigos de faculdade e amigos da vida, em especial ao meu grande amigo-irmão, Douglas, que não é de sangue, mas é do coração. Obrigado pelos momentos de alegria que todos vocês me proporcionaram. À Nina, pela paciência e cuidado comigo durante esses 11 anos.

Ao mestre e orientador, José Carlos, que foi um amigo durante toda essa jornada e um grande professor que me deixou vários ensinamentos que aproveitarei durante toda vida. Aos coordenadores, pelo apoio e auxílio perante o curso.

Quero finalizar, dizendo, que infelizmente não posso enumerar aqui todas as pessoas especiais que fazem parte da minha vida, mas saibam que vocês sempre serão carregadas comigo, em minhas lembranças, em meu coração. Enfim, sou grato a todos que contribuíram para a concretização deste sonho.

FELIPE BASTO SANTOS

Você nasceu para vencer, mas para ser um vencedor você precisa planejar para vencer, se preparar para vencer, e esperar vencer.

Zig Ziglar

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal relatar a inconstitucionalidade do Artigo 1790 do Código Civil, especialmente pela quebra da isonomia fixada constitucionalmente entre a união estável e o casamento, o que será ponto de pauta neste trabalho, com base em bibliografia física e eletrônica, bem como em entendimentos dos tribunais pátrios. Um ponto explorado ainda será quanto à união estável e a sucessão do cônjuge e do companheiro, sendo reconhecida a proteção constitucional da união estável, a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, ainda, no caso de envolver os descendentes e ou ascendentes do falecido, quanto ao direito sucessório destes. A problemática que envolve o artigo 1790 do Código Civil, com o direito sucessório do companheiro, a partir do tratamento diferenciado em relação ao cônjuge supérstite, no que tange à concorrência daquele com outros parentes sucessíveis do de cujus. Nesse trabalho fora abordada a “suposta” inconstitucionalidade do atual direito sucessório das pessoas que vivem em união estável, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Este possui um embasamento técnico na doutrina que trabalha o assunto e nos entendimentos jurisprudenciais dos juizados do país. Inicialmente, deve-se mencionar que a união estável não é uma forma de convivência familiar recente. Antes mesmo desse instituto ser reconhecido pela Constituição Federal e disciplinado pelo Direito Familiar, já era exercido por inúmeros casais, apesar de possuir outra nomenclatura, o concubinato. Nesse sentido as relações familiares eram reguladas na época pelo Código Civil de 1916, onde era apenas admitido o casamento como única forma de entidade familiar. Esse mesmo entendimento foi adotado na Constituição de 1967, no art. 167, através da inserção da Emenda Constitucional nº. 69, para durar até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Desse modo pode observar que a união estável, anteriormente denominada como concubinato, sempre foi praticada. Mas, nunca possuiu um embasamento legal, nessa mesma linha pode-se dizer da tutela sucessória quanto a esse assunto.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade.Código. União Estável. Sucessão.

ABSTRACT

This study aims to report the unconstitutionality of Article 1790 of the Civil Code of 2002, especially the breaking of equality between the constitutionally established stable relationships and marriage, which will be topic of discussion in this paper, based on physical and electronic bibliography, as well as understandings of patriotic courts. One point will be explored further as the stable union and the succession of spouse and partner, being recognized constitutional protection law marriage, the partner or partner will participate in the succession of the other, as to the assets acquired against payment in the constancy of marriage, even in case involved the descendants and ascendants of the deceased or, as the law of succession of these. The problems involved in the Article 1790 of the Civil Code, the law of succession fellow from the differential treatment in relation to the surviving spouse, in relation to competition with other successors that relatives of the deceased. Out this work addresses the "supposed" unconstitutionality of the current succession law of the people living in stable, after the entry into force of the Civil Code of 2002. This has a technical background in teaching the subject and working in jurisprudential understandings of the courts country. Initially, it should be mentioned that the union is not a stable form of recent family life. Even before this institute is recognized by the Constitution and governed by the Family Law was already practiced by many couples, despite having other nomenclature, concubinage. In this sense the family relations were governed at the time by the Civil Code of 1916, which was only allowed marriage as the only form of family unit. This same approach was adopted in the 1967 Constitution, Art. 167, by inserting the Constitutional Amendment 69, to last until the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988. Thus you can see that the stable, formerly known as concubinage, was always practiced. But never owned a legal foundation, that same line can be said of the inherited guardianship on this subject.

Keywords: Unconstitutional. Code. Stable Union. Succession.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	10
2 FAMÍLIA.....	14
2.1 Casamento	15
2.2 Impedimentos matrimoniais e causas suspensivas	16
2.2.1 Evolução histórica.....	17
2.3 União Estável.....	19
2.4 Reconhecimento da União Estável na Constituição Federal de 1988	22
2.4.1 Requisitos	23
2.4.2 Dissolução da União Estável.....	26
3 DO DIREITO SUCESSÓRIO.....	29
3.1 Dos Herdeiros Necessários.....	31
3.2 Distinção entre a Sucessão do Cônjuge e a do Companheiro	35
4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL	38
5 CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS.....	46

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal relatar a inconstitucionalidade do Artigo 1.790 do Código Civil de 2002, especialmente pela quebra da isonomia fixada constitucionalmente entre a união estável e o casamento, o que será ponto de pauta neste trabalho, com base em bibliografia física e eletrônica, bem como em entendimentos dos tribunais pátrios.

Um ponto explorado ainda será quanto à união estável e a sucessão do cônjuge e do companheiro, sendo reconhecida a proteção constitucional da união estável, a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, ainda, no caso de envolver os descendentes e ou ascendentes do falecido, quanto ao direito sucessório destes.

A problemática que envolve o artigo 1790 do Código Civil, com o direito sucessório do companheiro, a partir do tratamento diferenciado em relação ao cônjuge supérstite, no que tange à concorrência daquele com outros parentes sucessíveis do de cujus.

Pode-se dizer que o casamento ainda é o ponto central do direito de família, embora as uniões sem casamento tenham recebido parcela importante dos julgados nos tribunais, nas últimas décadas, o que se refletiu decididamente na legislação.

Pelas questões sucessórias dos companheiros, pode-se mencionar que não se esgotam facilmente. No tocante ao inventário, se o companheiro sobrevivente estiver na posse a administração dos bens do espólio, cabe a ele requerer a abertura do inventário (art. 987 do CPC); bem como, pode fazê-lo se for herdeiro. De tal modo, pode ser nomeado ainda o inventariante. Se sua condição de herdeiro ou de companheiro for contestada e depender de provas, a questão deve ser dirimida fora do inventário, pelas vias ordinárias (art. 984 do CPC).

Por outro lado, o direito à meação dos companheiros foi disciplinado pelo artigo 3º da lei nº 8.971/94, a situação descrita na lei se assemelha ao teor da Súmula 380 do STF. A aplicação dessa súmula nos julgados foram continuamente se posicionando que a divisão da herança devia ser proporcional ao esforço

comprovado e não simplesmente dividir-se o patrimônio à metade. Tal solução continua possível em sede de transação, com interessados maiores e capazes.

Com base na lei descrita, nota-se que é possível manter-se a mesma orientação, pois o que ficou claro é que a intenção do legislador é estabelecer uma proteção ao companheiro que tenha efetivamente colaborado na formação do patrimônio comum.

Note-se assim que os cônjuges podem ter estabelecido o regime patrimonial de sua convivência de forma diversa, como permite a Lei nº 9.278/96. No silêncio dos conviventes, presumem-se adquiridos pelo esforço comum os bens amealhados na constância da união estável, a título oneroso, passando a pertencer a ambos, em condomínio, em partes iguais (art. 5º da Lei nº 9.278/96).

Se houver motivos para comprovar o contrário, cabe aos interessados promover ação para derrubar a presunção relativa aí estabelecida. Pelo sistema disposto pela Lei nº 8.971/94, artigo 3º, além da convivência de mais de cinco anos ou existência de prole do casal, havia necessidade de se comprovar o esforço comum na aquisição do patrimônio, o que era sempre um ônus para o interessado.

Vale ressaltar por fim que, para efeito de partilha de bens adquiridos pelo esforço comum, na constância da união estável e a título oneroso, são irrelevantes os motivos do desfazimento da união de fato, não se restringindo apenas à morte do companheiro, mas aplicando-se às situações de extinção do enlace em vida. Desse modo, não se discute culpa pelo término da união estável, pois a divisão do patrimônio comum não levará em conta esse aspecto.

Buscando assim ter uma grande contribuição para o debate da igualdade nas relações sucessórias entre cônjuges e companheiros. A adequação da posição sucessória desses entes deve levar em consideração a concepção contemporânea de família, bem como os princípios constitucionais e demais embasamentos teóricos e práticos. Esse reconhecimento é indispensável para a conscientização acerca das alterações legislativas e para a promoção de maior justiça no Direito Sucessório.

Vale lembrar ainda que a uma disparidade de tratamento entre cônjuges e companheiros, nesse sentido é uma questão histórica enfrentada pelo Direito Civil brasileiro. Com a modificação do conceito de família e a conquista de maior espaço pelo cônjuge em relação ao Direito Sucessório, algumas injustiças ainda permanecem no que diz respeito aos direitos a título de sucessão *causa mortis*, nas relações derivadas de uniões estáveis e do casamento.

Por fim, nota-se que mesmo com as mudanças na lei, no entanto, percebe-se que ainda não se atingiu o ponto ideal de equilíbrio nas relações hereditárias estabelecidas entre companheiros e cônjuges. Muitas impropriedades ainda permanecem, remanescendo diferenças que afrontam aos mais basilares princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, como os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Afetividade.

O presente trabalho tem por finalidade relatar primeiro o histórico da assimétrica proteção legislativa concebida ao herdeiro concorrente, tanto na união estável, quanto no casamento. Sendo assim, discorrer sobre a evolução da concepção de família, favorecendo-se a constituição de um núcleo familiar com base no afeto. Demonstrou-se mediante a jurisprudência, que o posicionamento dos julgadores, apesar de conflitante, direciona-se para o entendimento da inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil.

A Constituição Federal de 1988 conferiu à união estável *status* de entidade familiar, por conseguinte, merecedora de proteção pelo Estado. Não obstante tal previsão, veio a legislação ordinária ferir o disposto na Carta Magna, ao elaborar normas sucessórias para os companheiros em desconformidade com as atinentes ao casamento, ferindo, de imediato, o princípio constitucional da igualdade.

Se a própria Lei Fundamental estabeleceu tratamento isonômico para as instituições referidas, não há razão para uma lei infraconstitucional estabelecer discriminações. No ordenamento jurídico pátrio, onde há a hierarquia das normas, lei inferior deve respeitar lei superior, estando a Constituição Federal no topo do ordenamento jurídico, servindo como base para todas as demais normas jurídicas

Diante dessa problemática, procurou-se demonstrar, por meio de pesquisa bibliográfica, a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, tendo em vista que a Lei Maior traçou expressamente os princípios aos quais todos os demais atos normativos devem se submeter, cabendo a aplicação destes de forma imperativa e imediata, em face da indiscutível supremacia do texto constitucional.

A pesquisa bibliográfica desenvolver-se-á pelo método de abordagem dedutivo, por ter como objetivo explicar o conteúdo das premissas. Por intermédio de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, de análise do geral para o particular, chega a uma conclusão. Usa o silogismo, construção lógica para, a partir de duas premissas, retirar uma terceira logicamente decorrente das duas primeiras, denominada de conclusão. O método utilizado foi a pesquisa teórica, focada numa

análise jurisprudencial e doutrinária e referendada numa bibliografia especializada em direito civil/família.

Tendo assim a pesquisa sido dividida em cinco capítulos, onde o primeiro esclarece sobre a introdução da temática abordada, no segundo explana-se da família, casamento, dos impedimentos matrimoniais e as causas suspensivas do casamento, a evolução histórica do casamento, da união estável, do conhecimento da união estável na Constituição de 1988, dos requisitos para união estável e da dissolução da união estável.

No terceiro capítulo trataremos do direito sucessório, dos herdeiros necessários, da sucessão do companheiro, da distinção da sucessão do cônjuge e a do companheiro.

No quarto capítulo trataremos do tema objetivo do trabalho que é a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002. Finalizando com a conclusão de toda temática abordada no trabalho.

2 FAMÍLIA

A família constitui, dentro dos quadros de nossa civilização, a base de toda a estrutura da sociedade. Diante disso, o Estado tem interesse em protegê-la, visando à preservação de sua própria existência, através de leis que assegurem seu desenvolvimento estável.

A noção de família tem variado no decorrer da história, havendo a utilização desse termo em sentidos diversos. Arnaldo Wald (2004) ressalta que no direito romano, o significado de família não se restringia ao grupo de pessoas ligadas pelo sangue, ou por estarem sujeitas a uma mesma autoridade, como também se confundia com o patrimônio nas expressões *actio familiae erciscundae*, *agnatus proximus familiam habeto* e outras.

Segundo Silvio Rodrigues, “as Constituições brasileiras, a partir de 1934, condicionavam a idéia de família à de casamento. Portanto, só conheciam a chamada família legítima¹”.

Lato sensu, o vocábulo *família* abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins. [...] Para determinados fins, especialmente sucessórios, o conceito de família limita-se aos parentes consangüíneos em linha reta e aos colaterais até quarto grau. (GONÇALVES, 2009, p. 1)

O direito de família, então, surge para regulamentar as relações existentes entre os diversos membros, bem como, as influências exercidas sobre as pessoas e bens. Esse ramo do direito civil modifica-se no decorrer dos tempos, possuindo, porém, características próprias, nas quais se destaca a importância primordial do elemento social e ético. Desse modo, a legislação deve adaptar-se à evolução da sociedade, garantindo a proteção e propiciando melhores condições de vida à família.

O organismo familiar passa por constantes mutações e é evidente que o legislador deve estar atento às necessidades de alterações normativas que confirmem um tratamento mais adequado à realidade social. A intervenção do Estado na família, portanto, torna-se fundamental, embora deva preservar os direitos básicos

¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4.

de autonomia. Vale ressaltar que essa intervenção deve ter como objetivo a proteção da família, não devendo possuir um caráter invasivo da vida privada.

O Código Civil de 2002 dispõe sobre o direito de família em seu Livro IV da Parte Especial, examinando sucessivamente o casamento, as relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, as relações entre pais e filhos, definindo-se as diversas espécies de filiação e o conceito de poder familiar, união estável e, enfim, a tutela e a curatela, instituição protetora dos incapazes.

A Constituição Federal de 1988 trata especialmente “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso” em seu capítulo VII, do título VIII, apresentando diversas inovações referentes ao direito privado, como a igualdade entre os filhos, a família monoparental e o reconhecimento da união estável como entidade familiar, ampliando, portanto, o conceito de família.

2.1 Casamento

O casamento é o centro de onde irradiam as normas básicas do direito de família, sendo estruturado em todos os seus aspectos, desde as formalidades preliminares e as de sua celebração, os seus efeitos nas relações entre os cônjuges, com a imposição de direitos e deveres recíprocos, e nas de caráter patrimonial, com o estabelecimento do regime de bens, até a sua invalidade por falta de pressupostos fáticos, nulidade e anulabilidade, além da questão da dissolução da sociedade conjugal, com o divórcio.

A legislação brasileira não traz a definição de casamento, permitindo, desse modo, uma diversidade de conceituações. De acordo com os ensinamentos de Maria Helena Diniz, “o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”.²

Silvio Rodrigues apresenta uma definição de casamento a partir de elementos fornecidos na legislação, bem como, de outras definições que, a partir da de Modestino, têm sido apresentadas por todos os escritores. Logo, define-se casamento como “o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 5º volume: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 37.

relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.³

Segundo Venosa, “sob o prisma do direito, o casamento estabelece um vínculo jurídico entre o homem e a mulher, objetivando uma convivência de auxílio e de integração físico-psíquica, além da criação e amparo da prole”.⁴ O casamento, então, não é apenas um negócio jurídico formal criador de direitos e deveres, mas, essencialmente, é a base para a constituição da família. Há um sentido mais amplo no casamento do que a mera formalização da relação entre o homem e a mulher, há um sentido ético e moral.

O Código Civil prevê em seu art. 1.511 que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Esse artigo ressalta o princípio da igualdade entre os cônjuges, revelando a paridade de ambos em relação à condução do casamento, bem como, demonstra a principal finalidade do casamento que é a comunhão plena de vida.

O casamento apresenta uma série de características, destacando-se a solenidade do ato que visa garantir a sua validade. Importante frisar que as formalidades exigidas constituem elementos essenciais e estruturais do casamento, cuja inobservância tornam o ato inexistente. Outra característica é a ordem pública das normas que regulam o casamento, não podendo estas, serem derogadas por convenções particulares. Por fim, são também características, a exigência da diversidade de sexos e a permissão da liberdade de escolha do nubente.

O casamento acarreta aos cônjuges alguns deveres previstos pelo art. 1566 do Código Civil. Assim, são deveres de ambos os cônjuges a fidelidade recíproca, a vida em comum no domicílio conjugal, a mútua assistência, o sustento, guarda e educação dos filhos, e, finalmente, o respeito e consideração mútuos.

O casamento gera, para os consortes, além dos efeitos pessoais, conseqüências e vínculos econômicos, consubstanciados no regime de bens, nas doações recíprocas, na obrigação de sustento de um ao outro e da prole, no usufruto dos bens dos filhos durante o poder familiar, no direito sucessório etc. (GONÇALVES, 2009, p. 170)

2.2 Impedimentos matrimoniais e causas suspensivas

A legislação civil apresenta uma série de condições para tornar possível a realização do casamento. Para Silvio Rodrigues (2004), o objetivo do legislador foi

³ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 19.

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 27.

evitar a realização de casamentos, a seu ver, inconvenientes, por ameaçarem, de qualquer modo, a ordem pública, representarem um agravo ao direito dos nubentes, ou prejudicarem interesses de terceiros.

O art. 1.521 do Código Civil dispõe acerca dos impedimentos para o casamento, relacionando as circunstâncias que impossibilitam a realização deste. Em caso da existência de matrimônio celebrado na vigência de algum dos casos elencados pelo referido artigo, o casamento será nulo.

Os impedimentos distribuem-se em três categorias: os resultantes de parentesco, de casamento anterior ou decorrente de crime.

As causas suspensivas, tratadas pelo art. 1.523 do Código Civil, não afetam o vínculo matrimonial, mas importam em algum tipo de sanção civil, podendo ser alegadas após o casamento. O casamento enquadrado no artigo supracitado será apenas considerado irregular, tornando, porém, obrigatório o regime da separação de bens.

Como já referido, existem restrições que, pela menor gravidade das circunstâncias, não chega a obstar o matrimônio, nem tampouco expor o vínculo à invalidade. Mas, verificada a sua ocorrência, sujeitam-se os nubentes à pena contida na lei, representada pela imposição ao casal de um efeito patrimonial consistente no regime da separação obrigatória de bens. (RODRIGUES, 2004, p. 46)

2.2.1 Evolução histórica

A compreensão atual acerca do conceito de família sofreu as influências da família romana, canônica e germânica.

Em Roma, a família era definida como o conjunto de pessoas que estavam sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho. O conceito de família independia assim da consangüinidade. O *pater familias* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e sobre as mulheres casadas com *manus* com seus descendentes. (WALD, 2004, p. 9)

A família romana era, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional, organizada pelo *pater* que exercia sobre os filhos o direito de vida e de morte, podendo vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido. A evolução dessa família ocorreu a partir da restrição progressiva da autoridade do *pater*, dando-se uma maior autonomia à mulher e aos filhos.

Em matéria de casamento, entendiam os romanos necessária a *affectio* não só no momento de sua celebração, mas enquanto perdurasse. A ausência de convivência, o desaparecimento da afeição era, assim, causa necessária para a dissolução do casamento pelo divórcio. Os canonistas, no entanto, opuseram-se à dissolução do vínculo, pois consideravam o casamento um sacramento, não podendo os homens dissolver a união realizada por Deus. (GONÇALVES, 2009, p. 16)

As relações de família, durante a Idade Média, regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. O direito de família canônico era constituído por normas imperativas, inspiradas na vontade de Deus ou na vontade do monarca. O cristianismo, assim, condenou as uniões livres e instituiu o casamento como sacramento. Desse modo, a doutrina canônica era contrária ao divórcio, considerando-o um instituto contrário à própria índole da família e ao interesse dos filhos.

De acordo com os ensinamentos de Wald, “o direito canônico constituiu o quadro dos impedimentos para a realização do casamento, abrangendo causas baseadas numa incapacidade, vício do consentimento ou numa relação anterior.”⁵

O Código Civil de 1916 aceitou os processos de direito canônico referentes ao processo preliminar de habilitação para o casamento, aos impedimentos, às nulidades e anulabilidades, considerando indissolúvel o vínculo matrimonial.

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, como foi dito, ao passa que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação. (GONÇALVES, 2009, p. 16)

Em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito de família, recentemente, passou a seguir rumos próprios, adaptando-se à nossa realidade.

A Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, possibilitou a dissolução do vínculo matrimonial, dando, assim, ensejo a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que alterou profundamente o sistema do Código Civil em matéria de família, anteriormente baseado na indissolubilidade do matrimônio. A referida lei aboliu a palavra desquite, substituindo-a pela expressão separação judicial.

Uma inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, referente ao direito de família, foi o reconhecimento da união estável, matéria de análise em tópico

⁵ WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14.

posterior, além da consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres, adotando, desse modo, uma nova ordem de valores que privilegia a dignidade da pessoa humana.

O Código Civil de 2002, fundado nas mudanças sociais havidas na segunda metade do século passado, bem como, na Constituição Federal, enfatiza a igualdade dos cônjuges e amplia o conceito de família, com a regulamentação da união estável como entidade familiar, ressaltando a função social da família no direito brasileiro.

2.3 União Estável

A união prolongada entre o homem e a mulher, sem casamento, foi chamada de concubinato durante um longo período histórico. O concubinato, também denominado de união livre, difere do casamento pela liberdade de descumprir os deveres a este inerentes, sem que o concubino abandonado assista direito a indenização pelo simples fato da ruptura, independentemente do tempo da duração da união. “Aos poucos, no entanto, a começar pela legislação previdenciária, alguns direitos da concubina foram sendo reconhecidos, tendo a jurisprudência admitido outros, como o direito à meação dos bens adquiridos pelo esforço comum.”⁶

O Código Civil, então, passou a aplicar restrições apenas nos casos de concubinato adulterino (concubinato impuro), em que o homem vivia com a esposa e, concomitantemente, mantinha concubina. O concubinato puro ou companheirismo, em contrapartida, era toda convivência duradoura, como marido e mulher, sem nenhum tipo de impedimento decorrente de outra união. Vale frisar que a expressão “concubinato” é hoje utilizada para designar o relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas.

A Constituição Federal de 1988 revelou uma inovação ao considerar, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, a união estável como entidade familiar que passou, a partir de então, a obter proteção legal. Com esse grande passo dado pela atual Constituição, a relação familiar nascida fora do casamento passou a denominar-se de união estável.

O artigo 226, §3º do texto constitucional prevê que “para efeito da proteção do

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p 548.

Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Assim, a família nascida fora do casamento ganhou espaço dentro do nosso ordenamento. Importante frisar que “família é o gênero de que a entidade familiar é a espécie”.⁷

O Código Civil de 2002 legitimou mudanças ocorridas na sociedade brasileira desde a vigência do antigo Código, de 1916, consagrando, dentre outros institutos, a união estável. Para Silvio Rodrigues, “o legislador de 1916 ignorava a então chamada família ilegítima [...] apenas com o propósito de proteger a família constituída pelo casamento”.⁸ O novo Código, então, beneficiou a relação entre companheiros, anteriormente considerados como família ilegítima, assegurando-os direitos e deveres.

Apesar de a união estável ter sido mencionada primeiramente pela Constituição de 1988, sua definição surgiu apenas com o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.723, no qual “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. É importante destacar que essa convivência não precisa ser necessariamente em uma mesma casa, contanto que os conviventes ajam como se estivessem casados.

Embora a união estável não devesse gerar conseqüências idênticas às do matrimônio, o novo Código Civil, a legislação extravagante e a jurisprudência têm evoluído no sentido de possibilitar que além dos deveres de lealdade, respeito, assistência mútua material e imaterial, haja responsabilidade pela guarda, pelo sustento e pela educação dos filhos, ma proporção dos haveres e rendimentos dos conviventes (CC, art. 1.724) e produza alguns efeitos jurídicos. (DINIZ, 2008, p. 396)

De acordo com Silvio Rodrigues, a união estável se caracteriza como uma “união do homem e da mulher, fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para fim da satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade recíproca”.⁹ Desse modo, os companheiros em união estável possuem direitos e deveres iguais, além do direito a uma pensão alimentícia, em caso de separação, sendo que a guarda dos filhos ficará com quem possuir melhores condições.

Em caso de inexistência de um contrato escrito entre os companheiros, a relação patrimonial aplicada na união estável é o regime da comunhão parcial de

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 395. 5v.

⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 256. 6v.

⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 259. 6v.

bens, como dispõe o artigo 1.725 do Código Civil, havendo, portanto, a comunhão dos aquestos, isto é, dos bens adquiridos na constância da convivência, como se casados fossem.

Com o advento do Código Civil de 2002, se normatizou largamente a União Estável que foi considerada legítima instituição familiar pela Constituição brasileira de 1988 e, já estava tutelada por outras leis esparsas. A Lei nº 9278 de 10 de maio de 1996.

Assegurando os direitos recíprocos dos "conviventes" ou "companheiros" de maneira análoga ao casamento, incluindo o direito de herança e o regime presumido de comunhão parcial de bens, isto é, o casal compartilha os bens adquiridos após a data de início da relação, segundo a Revista Âmbito Jurídico.

A escolha do Regime de Bem adotado na união estável é de suma importância, pois o artigo 1725 do código civil relata "Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens". Ou seja, todo patrimônio adquirido durante a convivência, independente de estar no nome de um ou dos dois companheiros pertence ao casal, desde que não seja um bem sub rogado.

Por ser a união estável que na sua origem é um fato social, gera efeitos jurídicos, torna-se um fato jurídico, em virtude de tratar-se de meio de modificação, aquisição ou extinção de direitos Assim sendo, por se tratar de fato social gerando um fato jurídico, não cabe a lei definir a união estável em regra, apenas elencar requisitos para o seu reconhecimento. Assim, conforme o artigo 1723 do Código Civil enumera os elementos constitutivos.

Segundo Venosa (2003, pg. 53-55) seria:

Se levarmos em consideração o texto constitucional, nele está previsto o requisito da estabilidade na união entre homem e mulher. Não é qualquer relacionamento fugaz e transitório que constitui a união protegida; não podem ser definidas como concubinato simples relações sexuais, ainda que reiteradas. O legislador deseja proteger as uniões que se apresentam com os elementos norteadores do casamento.

A continuidade da relação é outro elemento citado por lei. Trata-se também de complemento da estabilidade. Esta pressupõe que a relação de fato seja contínua, isto é, sem interrupções e sobressaltos. Esse elemento, porém, dependerá muito da prova que apresenta o caso concreto. Nem sempre uma interrupção no relacionamento afastará o conceito de concubinato.

A Constituição, assim como o art.1723, também se refere expressamente à diversidade de sexos, à união do homem e da mulher tem, entre outras finalidades, a geração de prole, sua educação e assistência. Deste modo, afasta-se de plano qualquer

idéia que permita considerar a união de pessoas do mesmo sexo como união estável nos termos da lei.

A publicidade é outro elemento de conceituação legal. Ganha realce, portanto, a notoriedade da união. A união de fato que gozará da proteção é aquela na qual o casal se apresenta como se marido e mulher fossem perante a sociedade, situação que se avizinha da posse de estado de casado. A relação clandestina não merece a proteção da lei.

O objetivo de constituir família é corolário de todos elementos legais antecedentes. Não é necessário que o casal de fato tenha prole comum, o que se constituiria elemento mais profundo para caracterizar a entidade familiar. Ainda que sem filhos comuns, a união tutelada é aquela que se traduz em comunhão de vida e de interesses. Sem o objetivo de constituir família.

Desse modo percebe que em matéria de direitos dos conviventes passou a ser coordenado pelo Direito de Família, com a discussão nas varas especializadas para a matéria família, pelo menos nas comarcas onde exista esta vara especializada, que deverá ter a intervenção obrigatória do Ministério Público, e com a proteção processual do segredo de justiça para resguardar a intimidade e a dignidade dos conviventes, igualmente ao tratamento dado as matérias relacionadas ao casamento.

2.4 Reconhecimento da União Estável na Constituição Federal de 1988

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 teve início, efetivamente, o processo de reconhecimento da união estável como entidade familiar, sendo previsto pelo parágrafo terceiro, do artigo 226: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

O artigo supracitado garante a tutela do Estado àqueles que se enquadram na união estável. Porém, ao citar que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, a Carta Magna deixa claro que esses institutos estão em patamares distintos, não abandonando o princípio de que o casamento deve ser o caminho ideal para a constituição da família.

A Constituição Federal reconhece a união estável como fato gerador de direitos e obrigações, para efeito de proteção do Estado, apesar de persistir a idéia de que a sociedade exige compromisso formal para conferir legitimidade a uma família, já que, no sentido legal, a família legítima decorre da existência do casamento.

O reconhecimento da união estável produz diversas consequências, embora todas possam se resumir naquelas decorrentes do casamento, inclusive no que se refere a questões patrimoniais, obrigação alimentar, deveres e sucessão. Entretanto, Venosa explica que “sendo a união estável instituto de natureza diversa do casamento, o fato de a Constituição tê-la declarado entidade familiar não implica que se apliquem a ela todos os efeitos daquele.”¹⁰

2.4.1 Requisitos

O ordenamento jurídico não determina de forma explícita todos os requisitos para o reconhecimento da união estável. Entretanto, diante das definições previstas pela Constituição e pelo Código Civil é possível identificar certos requisitos de ordem subjetiva e objetiva, necessários para a sua configuração.

Uma das características da união estável é a ausência de formalismo para a sua constituição. Enquanto o casamento é precedido de um processo de habilitação, com publicação dos proclames e de inúmeras outras formalidades, a união estável, ao contrário, independe de qualquer solenidade, bastando o fato da vida em comum. (GONÇALVES, 2009, p. 555)

Primeiramente, é indispensável à ausência de matrimônio civil e de impedimento matrimonial entre os conviventes.

O texto constitucional revela o requisito da estabilidade na união, pois não é qualquer tipo de relação que constitui a união protegida. A intenção do legislador é tutelar as uniões que se apresentam com os elementos norteadores do casamento, facilitando, conseqüentemente, a conversão da união estável em casamento.

Em decorrência dessa estabilidade, a união entre os conviventes deve ser duradoura, porém não há uma determinação de um lapso temporal exato para que a união seja reconhecida como tal. Assim, devido à inexistência de previsão temporal expressa na legislação, as circunstâncias de cada caso concreto devem ser analisadas em conjunto com os demais requisitos para a caracterização da união. A Constituição apenas requer a intenção de constituir família, não estabelecendo nenhum tipo de prazo. É importante destacar que a estabilidade da relação é indispensável.

Sendo assim, apesar da importância do fator tempo para a constatação da união estável, esse fator não é absoluto, pois existem

¹⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 272. 6v.

casos em que, independentemente do tempo da união, a entidade familiar fica caracterizada, como, por exemplo, nos casos em que há o nascimento de prole. (VENOSA, 2009, p. 42)

Outro fator determinante é a continuidade da relação, caracterizando uma união sem interrupções, ou seja, não pode ser esporádica, como aquelas que acontecem em apenas determinadas épocas ou por curtos períodos de tempo. Porém, nem sempre uma interrupção no relacionamento desconstituirá a união, dependendo da análise de cada caso concreto.

O Código Civil e a Constituição fazem referência à diversidade de sexo, ou seja, a união entre o homem e a mulher. O Supremo Tribunal Federal, em contrapartida, decidiu equiparar as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres. Na prática, a união homoafetiva foi reconhecida como um núcleo familiar como qualquer outro.

A publicidade também se destaca como elemento fundamental para o reconhecimento da união estável. Diante desse aspecto, a união deve ter notoriedade, pois de acordo com Venosa, “a relação clandestina, velada, à socapa, não merece a proteção da lei”.¹¹ É importante destacar que a convivência discreta não se confunde com a secreta, fator, este, impeditivo do reconhecimento da união estável.

Para Maria Helena Diniz¹², a publicidade não é elemento caracterizador para o reconhecimento da união estável.

Notoriedade de afeições recíprocas, que não significa de modo algum publicidade. A esse respeito bastante expressiva é a lição de Cunha Gonçalves, segundo a qual a ligação há de ser notória, porém pode ser discreta, caso em que a divulgação do fato se dá dentro de um círculo mais restrito, o dos amigos, o das pessoas de íntima relação de ambos, o dos vizinhos do companheiro, que poderão atestar as visitas freqüentes do outro, suas entradas e saídas. A discrição seria, como pondera Caio Mário da Silva Pereira, um meio-termo entre a publicidade ou notoriedade franca e o segredo dessas relações. Assim, não se tem união estável se os encontros forem furtivos ou secretos, embora haja prática reiterada de relações sexuais. A convivência *more uxorio*, deve ser notória, os companheiros deverão tratar-se, socialmente, como marido e mulher, aplicando-se a teoria da aparência, revelando a *intentio* de constituir família, traduzida por uma comunhão de vida e de interesses, mesmo que não haja prole comum. (TJSP, Ap. 167.994-1, j. 10-9-1991 – Rel. Almeida Ribeiro)

Os conviventes devem ter o objetivo de constituir família, não sendo necessário que o casal tenha filhos. O aspecto importante nessa situação é a

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 44.

¹² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 377. 5v.

comunhão de vida e de interesses.

A coabitação é mais um elemento que pode ser considerado, uma vez que a união estável deve ter aparência de casamento. Porém, a súmula 382 do Supremo Tribunal Federal já dispunha que “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Diante da referida súmula, entende-se que não é de primordial importância que os companheiros residam sob o mesmo teto, desde que seja notório que sua vida se equipare à dos casados civilmente. A esse respeito, é evidente a existência de uniões sólidas, duradouras e notórias em que o casal não resida num mesmo local, destacando, assim, que a habitação comum do casal não é requisito absoluto. Venosa evidencia sobre a possibilidade da não coabitação ao citar que “o próprio casamento pode conter uma separação material dos cônjuges por motivos de saúde, trabalho, estudo etc”.¹³

A “honorabilidade”¹⁴, requisito apresentado por Maria Helena Diniz, reclama por um tratamento respeitoso entre os conviventes, ou seja, deve haver uma união respeitável entre homem e mulher.

O Código Civil, em seu artigo 1.724, estabelece que as relações entre os companheiros devem pautar-se na lealdade, respeito e assistência, obedecendo, também, o dever de guarda, sustento e educação dos filhos. Assim, foi consagrado o requisito da fidelidade e lealdade dos parceiros que pressupõe uma ligação estável e honesta. Diante disso, a pluralidade de relações presume a imoralidade e instabilidade da relação, retirando o status de união estável.

Porém, excepcionalmente, em atenção à boa-fé daquelas mulheres em união simultânea com o mesmo homem, há decisão aceitando o direito de indenização e os mesmos efeitos da união estável, mesmo não caracterizada, às que foram enganadas por ele. (DINIZ, 2008, p. 381)

A ausência de formalismo para a constituição da união estável, elemento diferenciador do casamento, gera certa diversidade de interpretações acerca da existência de requisitos para sua configuração. Como já evidenciado, a partir do conceito trazido pelo Código Civil de 2002 é possível identificar alguns requisitos, de ordem subjetiva e objetiva, para o reconhecimento da união estável.

Os requisitos de ordem subjetiva são a convivência *more uxorio* e o *affectio maritalis*. O primeiro consiste na comunhão de vidas, no sentido material e imaterial,

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 46.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 379. 5v.

em situação similar à de pessoas casadas. Este requisito envolve a mútua assistência moral, material e espiritual, caracterizada pelos interesses e atos comuns, inerentes à entidade familiar. O segundo requisito, o *affectio maritalis*, consiste na intenção de constituir família.

Os requisitos objetivos para a constituição da união estável são, portanto, a inexistência de impedimentos matrimoniais, a estabilidade ou duração prolongada, a continuidade, a notoriedade e a relação monogâmica.

2.4.2 Dissolução da união estável

O Código Civil dispõe em seu art. 1.724 que as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como o dever de guarda, sustento e educação dos filhos. Diante disso, não somente no tocante aos alimentos, mas também quanto ao exercício do poder familiar e aos deveres recíprocos, a união estável se aproxima do casamento.

De acordo com Gonçalves, “na hipótese de dissolução da união estável, o convivente terá direito, além da partilha dos bens comuns, a alimentos, desde que comprove suas necessidades e as possibilidades do parceiro.”¹⁵

A legislação civil equiparou os direitos dos companheiros aos dos parentes e aos dos cônjuges. Por conseguinte, a regra dos alimentos aplicada aos cônjuges é igualmente dispensada ao companheiro que, assim, terá a prerrogativa de pedir alimentos em caso de sua necessidade. Entretanto, em caso de ato de indignidade cometido pelo ex-companheiro credor, o direito aos alimentos cessará, como dispõe o parágrafo único do art. 1.708, bem como, em caso de casamento, união estável ou concubinato deste.

O art. 5º da Lei nº 9.278/96 previa que “os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.”

Essa compreensão deve persistir no atual Código, que não é detalhadamente expresso a esse respeito, mas que determina a aplicação dos princípios da comunhão de aquestos (art. 1.725), não

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p 570.

havendo contrato em contrário. Há que se examinar, em cada caso, o âmbito da exclusão por escrito e se não houve vício de vontade. Excluem-se, portanto, os bens adquiridos a título gratuito, por doação (art. 1.659,I). (GONÇALVES, 2009, p. 570)

Assim, os bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável pertencem a ambos os companheiros, devendo ser partilhados, em caso de dissolução, com observância das normas que regem o regime da comunhão parcial de bens.

Apesar da Constituição Federal de 1988 ter equiparado a união estável ao casamento, concedendo àquele a condição de entidade familiar, o Código Civil de 2002, no que concerne ao aspecto sucessório, demonstrou um tratamento discriminatório.

O companheiro não é considerado herdeiro necessário, apenas participando da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos a título oneroso na constância da união, além da concorrência do sobrevivente com descendentes, ascendentes e até colaterais do falecido. O cônjuge, no entanto, integra a primeira classe de convocação em concorrência com os descendentes, recebendo a integralidade do acervo, na falta destes e de ascendentes, além de figurar como herdeiro necessário e titular de direito real de habitação.

Podemos dizer que o Código Civil de 2002 permite a concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro. Quanto aos companheiros, antes da vigência do Código Civil de 2002, a situação sucessória era semelhante aos dos cônjuges. Devido ao que traz o art. 226, parágrafo 3º da Constituição Federal, o legislador infraconstitucional editou duas leis regulamentando a União Estável. As leis 8.971 de 1994, que disciplina os direitos dos companheiros com relação a alimentação, sucessão e a meação de bens, e nomeou os então concubinos como *companheiros*, estabelecendo que a união estável somente poderia ocorrer entre companheiros de sexos opostos.

E a lei 9.278 de 1996, que estabeleceu a igualdade de direitos e deveres entre os conviventes, que impôs o direito de habitação ao companheiro sobrevivente, relativo ao imóvel destinado à residência da família, levando em conta o comprometimento emocional e amoroso que tinha naquele lar, bem como a história e as lembranças da convivência familiar.

Onde antes não criavam para o companheiro sobrevivente, o direito a concorrer com ascendentes ou descendentes no que se refere à propriedade dos

bens. Apenas criavam direitos reais sobre as coisas alheias: usufruto ou direito real de habitação em analogia ao casamento.

Percebe-se então que com o Código Civil de 2002 contribuiu-se para a melhoria da posição do cônjuge na sucessão legítima, construindo condição de herdeiro necessário junto aos descendentes e ascendentes. Sendo assim, o cônjuge sobrevivente será reservado à legítima salvo as exceções previstas em lei, o que significa que caberá ao viúvo participar da legítima, a ser dividida entre todos os herdeiros assim qualificados.

Pois ao que parece que a situação anterior ao advento das supracitadas leis era injusta, pelo fato da sistemática anterior conferir mais direitos aos companheiros do que aos cônjuges.

Com as disposições das leis da União Estável, tem-se grande avanço em favor do direito dos companheiros, por sua equiparação aos direitos dos cônjuges no plano sucessório. Ainda há críticas a essa posição, entendendo que seria suficiente a meação dos bens adquiridos em conjunto, como reconhecia a súmula 380 do STF, e veio a ser contemplado na legislação especial.

3 DO DIREITO SUCESSÓRIO

O direito sucessório trata da transmissão da herança, ou do legado, em decorrência da morte de alguém, ao herdeiro ou legatário, seja por força de lei, ou em virtude de testamento. Para Silvio Rodrigues, “o direito das sucessões se apresenta como o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores.”¹⁶

Conforme o art. 1.786 do Código Civil, “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”, ou seja, esse dispositivo legal prevê as duas formas de sucessão do nosso ordenamento jurídico, a legítima e a testamentária.

Com a morte de alguém, primeiramente, será verificada a existência ou não de testamento indicando como será partilhado o patrimônio do *de cuius*.

Se não há testamento, se o falecido não deixa qualquer ato de última vontade, a sucessão é legítima ou *ab intestato*, deferido todo o patrimônio do *de cuius* às pessoas expressamente indicadas pela lei, de acordo com a ordem de vocação hereditária [...]. Assim estabelece o art. 1.788: “Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”. (MONTEIRO, 2003, p. 9)

A sucessão legal absorverá a totalidade da herança se o *auctor successionis* falecer *ab intestato*, ou se nulo ou caduco for o testamento por ele feito, e restringir-se-á à parte não compreendida no testamento, se o testador não dispuser da totalidade da herança e se houver herdeiros necessários, que impõem o respeito à quota que lhes cabe. (DINIZ, 2008, p. 101)

A ordem da vocação hereditária, segundo Silvio Rodrigues, “é a relação preferencial, estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder o finado. O legislador, nessa relação de pessoas, as divide em várias classes.”¹⁷

No momento da morte do *de cuius* haverá a apuração dos legitimados para suceder, pois é nesse momento que o patrimônio será transmitido aos herdeiros legítimos e testamentários. Segundo Washington de Barros Monteiro, “o chamamento dos herdeiros efetua-se por classes. Cada inciso do citado art. 1.829 diz respeito a uma classe, cuja convocação é sucessiva, uma depois da outra.”¹⁸

A sucessão legítima, prevista pelo art. 1.829 do Código Civil, portanto, defere-se na seguinte ordem:

¹⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 3. 7v.

¹⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 94. 7v.

¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 87.

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

A convocação dos herdeiros, na sucessão legítima, segundo tal ordem legal, será realizada de forma que uma classe só será chamada quando faltarem herdeiros da classe precedente.

Disse que a relação é preferencial porque, em tese, a existência de herdeiros de uma classe exclui o chamamento à sucessão dos herdeiros da classe subsequente, ressalvada a situação do cônjuge, que concorre com os descendentes e com os ascendentes. (RODRIGUES, 2003, p. 94)

De acordo com Gonçalves, “observa-se, *in casu*, uma falha legislativa, devido à falta de inserção do companheiro na referida ordem, em que deveria estar situado ao lado do cônjuge.”¹⁹

É importante esclarecer que os herdeiros legítimos são aquelas pessoas indicadas na lei como sucessoras no caso de sucessão legal, a quem se transmite a totalidade ou a quota-parte da herança, enquanto que os herdeiros testamentários são os sucessores a título universal nomeado em testamento.

Na classificação dos herdeiros legítimos, distinguem-se os necessários que são os parentes e o cônjuge com direito a uma quota-parte da herança da qual não pode ser privado, dos facultativos que herdam na falta de herdeiros necessários e de testamento. Desse modo, havendo herdeiros necessários, a liberdade de testar é restrita à metade disponível, porém, com a existência de somente herdeiros facultativos, essa liberdade é plena.

O Código Civil de 2002 apresentou três inovações no capítulo concernente à ordem da vocação hereditária. A primeira delas foi à retirada do Estado do rol de herdeiros legítimos, somente recolhendo os bens da herança após a verificação do estado de jacência da herança e de sua conversão em patrimônio vago.

A inserção do cônjuge no elenco dos herdeiros legítimos e necessário, junto aos descendentes e ascendentes, sendo também uma inovação trazida pelo referido código. Por último, a ausência de previsão do benefício do direito real de usufruto em favor do cônjuge sobrevivente, como consequência da referida concorrência com

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 143.

os demais herdeiros destinada à aquisição de direito mais amplo sobre uma parte do acervo, que é o direito de propriedade.

3.1 Dos Herdeiros Necessários

O herdeiro necessário é todo parente em linha reta, ou seja, o descendente ou ascendente, não excluído da sucessão por indignidade ou deserdação, bem como o cônjuge. A inclusão do cônjuge no rol dos herdeiros necessário constitui uma das mais relevantes inovações introduzidas pelo Código Civil de 2002.

A sucessão necessária, imposta pela lei, independentemente das disposições testamentárias, cria uma proteção especial para certa classe de herdeiros vinculados por laços de parentesco mais estreitos, ou vínculo de casamento, com o falecido. (WALD, 2007, p. 193)

De acordo com os ensinamentos de Monteiro (2003), os herdeiros necessários são assim chamados porque constituem sucessores obrigatórios, mesmo que contra a vontade do *de cuius*. Desse modo, esses herdeiros não poderão ser afastados da sucessão pela simples vontade do sucedido, senão apenas nos casos restritos de deserdação ou indignidade.

Conforme o art. 1.846 do Código Civil, “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.” Logo, o patrimônio do falecido, caso tenha deixado herdeiro necessário, será dividido em duas partes, por assim dizer, sendo estas, a quota disponível e a legítima de seus herdeiros necessários.

[...] não se pode fazer qualquer confusão de herança com a meação do cônjuge. A quota disponível, evidentemente, é computada sobre a herança. Se existe supérstite, há que se excluir o valor da meação quando esta existir, dependendo do regime de bens. O valor remanescente é que será examinado, para fins de verificação de legítima. (VENOSA, 2010, p. 160)

Na ausência de descendente, ascendente ou cônjuge sucessível, o testador poderá desfrutar da mais ampla liberdade para testar, dispondo, assim, da totalidade de seus bens. Diante disso, ressalvadas as hipóteses de incapacidade testamentária passiva, previstas nos arts. 1.798 e 1.801, o testador poderá transmitir todo o seu patrimônio a quem desejar.

Porção disponível, ou quota disponível, constitui a parte dos bens que o testador pode dispor livremente, ainda que tenha herdeiros necessários. Se não existe, porém, essa classe de sucessores, assiste ao testador o direito da totalidade de seus haveres, sem a

menor restrição, salvo naturalmente as limitações impostas nos arts. 1.798, 1.799, n. I, e 1.801. (MONTEIRO, 2003, p. 108)

Wald (2007) ressalta que em virtude da existência de herdeiros necessários, a liberdade de testar é restrita a metade do patrimônio do *de cuius*. Porém, em caso de desobediência dessa norma, haverá uma redução das disposições testamentárias aos seus justos limites, conforme prevê o art. 549 do Código de 2002. Preceitua o art. 1.847 do Código Civil:

Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.

Diante do exposto, falecido o autor da herança, pagas as suas dívidas e as despesas de funeral, o patrimônio deste será dividido em duas partes, sendo que uma delas constitui a quota disponível, enquanto que a parte restante será a dispensada aos herdeiros necessários.

[...] é possível que o testador, em vida, haja gratificado alguns descendentes com liberalidades, de modo que o legislador, com o propósito de alcançar a maior igualdade, impõe aos descendentes que houverem recebido do *de cuius* durante sua vida doações o dever de conferir tais liberalidades (CC, art. 2.002). A esse ato de conferência dá-se o nome colação. (RODRIGUES, 2003, p. 125)

O testador que possuir herdeiros necessários só poderá dispor de metade de seus bens, constituindo a outra metade a legítima daqueles, observada a ordem legal. Vale destacar, segundo o art. 1.849 do Código de 2002, que “herdeiro necessário, a quem o testador deixar a sua parte disponível, ou algum legado, não perderá o direito à legítima”.

Como só aos descendentes, ascendentes e cônjuge é assegurado o direito à legítima, os *herdeiros colaterais* podem ser excluídos da sucessão. Basta que o testador não os contemple em testamento. Dispõe, com efeito, o art. 1.850 do Código Civil que, “para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar.” (GONÇALVES, 2009, p.188)

O Código Civil proíbe, em seu art. 1.848, a imposição de cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre os bens da legítima, salvo se houver justa causa, declarada no testamento. Assim, não basta que o testador aponte uma causa, sendo fundamental esta ser justa. A limitação imposta pelo referido artigo restringe-se ao testador e à legítima, não alcançando a parte disponível nem o doador.

Vale esclarecer, sucintamente, cada uma das cláusulas referidas no art. 1.848 do Código Civil. A primeira delas é a cláusula de inalienabilidade que determina que o bem transmitido ao beneficiário não poderá ser vendido, doado ou

dado em pagamento, durante certo período, ou durante a vida inteira do donatário ou herdeiro. Seguida da cláusula supracitada temos a cláusula da impenhorabilidade que tem o objetivo de impedir que os bens da legítima do herdeiro necessário sejam executados e levados a penhora por dívidas contraídas por este, gerando, assim, uma grave restrição à atuação dos credores. Por último, Silvio Rodrigues ensina, “cláusula de incomunicabilidade é a disposição pela qual o testador determina que a legítima do herdeiro necessário, qualquer que seja o regime de bens convencionalizado, não entrará na comunhão, em virtude do casamento.”²⁰

3.2 Da Sucessão do Companheiro

O Código Civil de 2002, nos arts. 1.723 a 1.726, regula a união estável, indicando os elementos que a caracterizam, os impedimentos para a sua constituição, os deveres dos companheiros e o regime das relações patrimoniais entre eles.

O presente Código tratou satisfatoriamente do assunto, aproveitando as conquistas e avanços já incorporados ao nosso ordenamento jurídico. Porém, ao regular o direito sucessório entre companheiros, estes foram colocados em posição de extrema inferioridade, comparada com o status sucessório dos cônjuges. Essa regulamentação restritiva do direito sucessório dos conviventes se concretiza com a previsão desse direito em apenas um único dispositivo, o art. 1.790:

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

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

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

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

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

Nota-se, em primeiro lugar, que o Código Civil não trata o companheiro sobrevivente como herdeiro necessário, conforme ocorre com o cônjuge supérstite. A matéria relacionada à sucessão do companheiro no Código Civil de 2002 é inadequada pelo fato do tratamento concedido ao cônjuge ser diferenciado do

²⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 128. 7v.

concedido ao companheiro, sobretudo porque a igualdade já tinha sido alcançada anteriormente, o que demonstra o retrocesso disposto no presente artigo.

Sob o prisma formal, não havia razão para que o preceito fosse tratado em dispositivo isolado, totalmente dissociado do Capítulo I do Título II do Livro V, especialmente do art. 1.829 do Código Civil de 2002, que trata da ordem de vocação hereditária. O certo era a inclusão do companheiro no próprio art. 1.829 do CC, e não acrescer mais um dispositivo ao texto do Código. (WALD, 2007, p. 97)

De acordo com o art. 1790, o direito sucessório do companheiro se limita e restringe, em qualquer caso, aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Sendo assim, se durante essa união não houve aquisição, a título oneroso, de nenhum bem, não haverá possibilidade de o sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o *de cuius* tenha deixado um patrimônio valioso, que foi formado antes de constituir essa união. Caso o *de cuius* não tenha deixado nenhum outro herdeiro sucessível, o companheiro recolherá todos os bens adquiridos na constância da união a título oneroso, e os demais bens serão considerados vacantes, passando ao domínio da Fazenda Pública.

Não vejo razão alguma para que o companheiro sobrevivente concorra – e apenas com relação à parte da herança que for representada por bens adquiridos onerosamente durante a união estável – com os colaterais do *de cuius*. Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo uma família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto a família fundada no casamento. (RODRIGUES, 2003, p.119)

O inciso III do art. 1.790 prevê o direito do companheiro a um terço da herança caso concorra com outros parentes sucessíveis. Trata-se de mais uma discriminação do companheiro em relação ao cônjuge, e, mais ainda, uma injustificável redução no direito hereditário do companheiro. Com efeito, neste inciso, o companheiro é preterido inclusive pelos colaterais, o que é um grande absurdo.

O companheiro ou companheira, portanto, somente terá direito a totalidade da herança se não houver parentes sucessíveis. É importante salientar que todos os quatro incisos do art. 1.790 do Código Civil vinculam-se ao seu caput, que estabelece que o direito sucessório do companheiro se restringe aos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável.

No que concerne ao direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, que a legislação anterior conferia ao companheiro sobrevivente, não foi mencionado no atual Código Civil, com relação à união estável, demonstrando outro retrocesso da legislação civil. A omissão do referido código

decorre do não reconhecimento do direito de habitação ao companheiro sobrevivente, sendo alvo de críticas, já que sujeita esse companheiro a uma eventual desocupação compulsória do imóvel onde vivia com o *de cujus*, na hipótese deste não ter adquirido bens durante a convivência, ou de tê-lo adquirido só a título gratuito.

Silvio Rodrigues (2003) observou que o Código Civil regulou o direito sucessório dos companheiros de forma tão restrita que se apresenta em completo desacordo com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito sobre a questão.

3.3 Distinção entre a Sucessão do Cônjuge e a do Companheiro

O Código Civil de 2002 revelou inovações substanciais em matéria relativa à sucessão do cônjuge e do companheiro. O referido diploma legal melhorou bastante a situação do cônjuge, o inserindo no rol de herdeiros necessários, em concorrência com os descendentes e ascendentes. Em contrapartida, foi destinado ao companheiro, um tratamento diferenciado em relação ao cônjuge, fato este que deu origem a críticas em razão da igualdade entre eles já ter sido alcançada anteriormente, na Constituição Federal de 1988.

Primeiramente, destaca-se a localização em que o direito sucessório foi disposto no Código Civil. A sucessão do companheiro é estabelecida no capítulo I, referente às disposições gerais, do título I que trata da sucessão em geral. A matéria que cuida do direito sucessório do companheiro, portanto, fica excluída do capítulo referente à ordem de vocação hereditária, estabelecida no capítulo I do título II (Da Sucessão Legítima), e, sobretudo, distanciada da sucessão do cônjuge.

O direito sucessório do cônjuge sofreu profunda modificação no Código Civil de 2002, sendo incluído na relação dos herdeiros necessários como dispõe o art. 1.845 do referido código. Logo, o cônjuge herda juntamente com os descendentes, salvo se casado com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens, ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares, conforme o inciso I do art. 1.829.

A limitação legal referente ao regime de bens ocorre em decorrência da comunhão ilimitada, evidenciada no regime de comunhão universal e parcial, sendo que neste último, não haja bens particulares do *de cujus*. Na situação em análise, a

limitação amplia o direito dos descendentes, já que o cônjuge recebeu grande parcela da herança, não havendo necessidade de concorrer com os aqueles.

O direito sucessório do companheiro, no entanto, sofreu grande retrocesso na atual legislação civil, sendo previsto, apenas, no art. 1.790 que determina que a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, somente quando os bens forem adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

De acordo com o inciso I, do artigo supracitado, em caso de concorrência com os filhos comuns, o companheiro terá direito a uma quota equivalente a cada um deles. Desse modo, a herança, excluída a meação, será dividida igualmente entre o companheiro e cada filho.

O Código Civil não prevê o mínimo de um quarto da herança ao companheiro, estabelecendo outra distinção entre a sucessão do companheiro e a sucessão do cônjuge.

O inciso II do art. 1.790 dispõe acerca da concorrência do companheiro com os descendentes somente do autor da herança, determinando que caberá ao companheiro a metade do que couber a cada um daqueles. Vale destacar que os bens não comuns serão integralmente divididos entre os filhos do *de cuius*.

A situação torna-se complicada em caso da presença de filhos comuns e não comuns, havendo, pois uma junção do disposto nos incisos I e II do art. 1.790. Diante disso, caberia ao companheiro uma quota equivalente à dos filhos comuns que fosse, ao mesmo tempo, metade da parte destinada aos filhos não comuns. No entanto, não há possibilidade de tal divisão devido a sua incompatibilidade, já que a quota da herança destinada aos filhos do *de cuius*, independente de serem comuns ou não, deve ser igual. Diante desse problema, prevalece entendimento de que será aplicada a regra do inciso I, ou seja, a herança será dividida igualmente por todos.

O cônjuge terá direito a um terço da herança quando concorrer com os ascendentes em primeiro grau. Em caso de restar apenas um ascendente ou se maior for aquele grau, o cônjuge herdará a metade do patrimônio do *de cuius*. Na concorrência com os ascendentes, a legislação não fez distinção quanto ao regime de bens do casamento, como ocorre na concorrência com os descendentes, ou seja, independente do regime de bens, o cônjuge tem direito à concorrência na sucessão.

Em caso de concorrência com outros parentes sucessíveis, isto é, ascendentes e colaterais até quarto grau, o inciso III do art. 1.790 determina que o companheiro terá direito a um terço da herança. Vale frisar que em caso de

inexistência de descendentes e ascendentes, o companheiro, ainda, concorrerá com os colaterais até o quarto grau. O referido inciso, assim, demonstra o tratamento discriminatório destinado ao companheiro em relação ao cônjuge, reduzindo, injustificadamente, o direito hereditário do companheiro, pois este é preterido inclusive pelos colaterais. Portanto, somente no caso de não haver colaterais, o companheiro receberá a totalidade da herança.

O art. 1.838 do Código Civil estabelece que, na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.

O direito real de habitação do cônjuge sobrevivente foi mantido pelo atual Código Civil, estendendo-o a qualquer regime de bens, como previsto pelo art. 1.831. Em relação ao companheiro, no entanto, é discutível a manutenção do direito real de habitação em razão da omissão do Código Civil de 2002, apesar do cônjuge, como a pouco citado, ter tal direito garantido pela lei civil. O direito real de habitação foi, anteriormente, garantido pelo art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96, e, segundo Sílvio Venosa, não tendo havido revogação expressa da lei, o referido dispositivo será mantido.

Diante do exposto, é notável que a sucessão do cônjuge não é equivalente a do companheiro, configurando um retrocesso da legislação civil referente ao direito sucessório do companheiro sobrevivente, devido à essa igualdade já ter sido alcançada pela Constituição Federal.

4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL

Antes da regulamentação legal da união estável, não havia entre os companheiros direito à sucessão, sendo que durante longo período histórico, a união sem casamento, caracterizava o chamado concubinato.

Longo e penoso foi o calvário imposto às uniões extramatrimoniais para alcançarem proteção jurídica. Como sempre, o reconhecimento começou no âmbito do Poder Judiciário. Em um primeiro momento, de maneira tímida, o concubinato foi identificado como uma relação de emprego, conferindo-se à mulher indenização por serviços domésticos prestados. Ao depois rotulado de sociedade de fato, passou-se a admitir a partilha do patrimônio adquirido por esforço comum, e o tema acabou sumulado pelo STF²¹. (DIAS, 2008, p.65).

A união estável somente foi reconhecida como entidade familiar com o advento da norma constitucional, concedendo direitos sucessórios iguais ao do casamento. Porém, a legislação civil, de forma injusta, concedeu tratamento bem mais vantajoso ao cônjuge em comparação ao direcionado ao companheiro sobrevivente.

O Código Civil de 2002 apresentou inúmeras falhas referentes ao instituto da união estável, originando um imenso retrocesso aos direitos dos companheiros. A legislação civil opõe-se a Constituição Federal de 1988 que estabeleceu uma igualdade de direitos entre os cônjuges e companheiros, devido a uma exclusiva preocupação com a sucessão dos cônjuges, elevados à figura de herdeiro necessário. A legislação civil não se preocupou em incluir o companheiro sobrevivente na condição de herdeiro necessário, bem como não lhe assegurou uma quota mínima, como fez em favor do cônjuge, além de limitar o direito do companheiro aos bens adquiridos onerosamente durante a união, acarretando-lhe inegável prejuízo.

Assim, é possível discutir a constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, em razão da afronta ao princípio da igualdade decorrente do tratamento diferenciado e prejudicial destinado ao companheiro em relação ao cônjuge sobrevivente. Assim, de acordo com Maria Berenice Dias (2008, p.66):

²¹ Súmula 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Este tratamento diferenciado não é somente perverso. É flagrantemente inconstitucional. A união estável é reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal (CF 226 § 3º), que não concedeu tratamento diferenciado a qualquer das formas de constituição da família.

O art. 226, § 3º, da Constituição Federal dispõe que: "*para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*". Esse dispositivo, portanto, não apresenta nenhum elemento discriminatório entre as instituições do casamento e da união estável, considerando que ambas as entidades familiares merecem proteção do Estado.

É importante esclarecer que o texto constitucional não igualou os institutos do matrimônio e da união estável, mas estabeleceu uma notória equiparação no tratamento dispensado a ambos, colocando-os num mesmo patamar de igualdade.

Diante da equiparação entre casamento e união estável levada a efeito pela Constituição pela própria sociedade, não pode a lei limitar direitos consagrados em sede constitucional e que já estavam assegurados na legislação pretérita. Tal postura afronta um dos princípios fundamentais que rege o direito de família, que veda o retrocesso social. (DIAS, 2008, p. 66)

A legislação civil, em contrapartida, não garantiu o mesmo direito à sucessão conferido às pessoas casadas, apesar da união estável e o casamento constituírem, de igual modo, um núcleo familiar afetivo, de caráter duradouro, sendo vedado a lei infraconstitucional estabelecer tratamento diferenciado entre esses institutos no que se refere à sucessão. Desse modo, decorrente da equiparação prevista pela Constituição, as leis infraconstitucionais que tratam de sucessão devem dar tratamento idêntico entre a união estável e o casamento, sob pena de serem inconstitucionais.

O Código Civil de 2002 ao tratar da sucessão dos companheiros, rebaixou o status hereditário deste em relação ao cônjuge, violando, assim, os princípios da igualdade e da dignidade, além de empregar a disposição sucessória dos companheiros em capítulo distinto dos demais herdeiros, estabelecendo-o no capítulo das disposições gerais. O artigo referente à sucessão do companheiro não deveria constar neste capítulo por não se tratar de disposição geral, devendo estar no capítulo que regula a ordem da vocação hereditária.

No tocante ao cônjuge, vários são os dispositivos legais sucessórios. Já,

referente ao companheiro, o Código Civil reservou apenas o art. 1.790 para tratar do assunto, tendo a seguinte redação:

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

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

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

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

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

Ainda nesse sentido cita Gonçalves (2009, p. 171):

Em linhas gerais, o dispositivo restringe o direito do companheiro aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável; faz distinção entre a concorrência do companheiro com filhos comuns ou só do falecido; prevê o direito apenas à metade do que couber aos que descenderem somente do autor da herança e estabelece um terço na concorrência com herdeiros de outras classes que não os descendentes do falecido; não beneficia o companheiro com quinhão mínimo na concorrência com os demais herdeiros nem o inclui no rol dos herdeiros necessários; concorre com um terço também com os colaterais e só é chamado a recolher a totalidade da herança na falta destes. O cônjuge, porém, prefere aos parentes da linha transversal, com exclusividade.

Nota-se, com a leitura do art. 1.790 do CC, que o companheiro, como já citado em capítulo anterior, não goza dos mesmos privilégios concedidos ao cônjuge, em razão, dentre outras, de ser considerado simplesmente herdeiro legítimo e não herdeiro necessário, conseqüentemente, como herdeiro facultativo pode imotivadamente ser excluído da sucessão.

No sistema em vigor, apenas quando o *de cujus* não tiver parente sucessível algum é que se atribuíra ao companheiro a herança em sua integralidade. De acordo com o inciso III do artigo supracitado, o companheiro é preterido pelos colaterais, caracterizando um injustificável retrocesso legislativo decorrente da distinção de tratamento em relação à sucessão do cônjuge supérstite que terá direito a integralidade da herança quando não houver descendentes ou ascendentes.

Assim, basta a existência, por exemplo, de um único primo para a herança ser transferida a ele, ressalvado o direito de concorrência que garante ao companheiro um terço da herança, sendo que, nesse caso, o parente colateral de quarto grau faria jus aos dois terços restante. O resultado da aplicação desta regra é totalmente injusto, pois gera um enriquecimento injustificado dos parentes em detrimento do companheiro.

Conforme exemplifica Silvio Rodrigues (2003, p.118):

Sendo assim, se durante a união estável dos companheiros não houve aquisição, a título oneroso, de nenhum bem, não haverá possibilidade de o sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o *de cuius* tenha deixado valioso patrimônio, que foi formado antes de constituir união estável.

Destaca-se, também, do art. 1.790 que a sucessão do companheiro limita-se aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, em nada importando o regime patrimonial. Não há razão para essa restrição do direito sucessório do companheiro sobrevivente, podendo ocasionar injustiças.

Portanto, o companheiro sobrevivente apenas receberá a totalidade da herança quando não houver parentes sucessíveis, destacando-se que essa totalidade é aquela a que o companheiro sobrevivente está autorizado a concorrer, ou seja, abarca exclusivamente os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Diante disso, os bens que não foram adquiridos da forma prevista no caput do art. 1.790 do CC, serão tidos como herança jacente.

O direito sucessório do companheiro previsto no Código Civil deixou a desejar, uma vez que impõe diversas barreiras ao alcance dos bens deixados pelo *de cuius*, além do fato do “companheiro não gozar do mesmo tratamento conferido ao cônjuge sobrevivente. Esta desequiparação é fonte de injustiças que a justiça não pode tolerar.”²² Essa discriminação de tratamento é inaceitável em razão do princípio da isonomia entre a união estável e o casamento ter sido assegurado pelo art. 226, § 3º da Constituição Federal.

O tratamento diferenciado inegavelmente desobedece ao princípio da igualdade, eis que a união estável e o casamento são entidades familiares sem distinções de ordem patrimonial. Até que seja corrigido este equívoco, pela reformulação da lei, cabe ao juiz simplesmente deixar de aplicar as normas discriminatórias, reconhecendo sua inconstitucionalidade. Essa é a única forma de evitar que o equívoco legal traga prejuízos enormes às uniões que merecem especial proteção do Estado.(DIAS, 2008, p. 71)

O art. 1.790 do Código Civil de 2002, ao tratar de forma diferenciada a sucessão do companheiro em relação ao cônjuge, torna tal dispositivo inconstitucional, pois afronta diretamente o § 3º, do artigo 226, da Constituição que não permite diferenciação entre famílias firmadas no casamento e na união estável.

A inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC é notória por inúmeros aspectos

²² DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 71.

anteriormente abordados, devendo, portanto, ser decretada com o objetivo de extinguir qualquer forma de discriminação e, assim, atribuir ao companheiro o mesmo tratamento concedido ao cônjuge supérstite.

Pois, na verdade, a proibição é um retrocesso social que visa impedir que fossem frustrados os direitos sociais já concretizados, tanto na ordem constitucional como na infraconstitucional. Desse modo, vê-se que o artigo do Código Civil de 2002 que tratou do direito sucessório dos companheiros violou o princípio da proibição de retrocesso social, ou seja, o legislador revogou norma de direito sucessório (art. 2º da Lei 8.971/94) que concretizava um direito constitucional consagrado de igualdade entre companheiros e cônjuges, devendo, como consequência, a norma ser declarada inconstitucional.

Sendo a inconstitucionalidade decretada levando-se em conta os objetivos da República Brasileira, no sentido de promover o bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação, constituindo uma sociedade livre e justa, reduzindo as desigualdades sociais, o que se dá através da implantação e efetivação do **Estado Social de Direito**.

5 CONCLUSÃO

Nesse trabalho fora aborda a “suposta” inconstitucionalidade do atual direito sucessório das pessoas que vivem em união estável, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Este possui um embasamento técnico na doutrina que trabalha o assunto e nos entendimentos jurisprudenciais dos juizados do país. Inicialmente, deve-se mencionar que a união estável não é uma forma de convivência familiar recente. Antes mesmo desse instituto ser reconhecido pela Constituição Federal e disciplinado pelo Direito Familiar, já era exercido por inúmeros casais, apesar de possuir outra nomenclatura, o concubinato.

Nesse sentido as relações familiares eram reguladas na época pelo Código Civil de 1916, onde era apenas admitido o casamento como única forma de entidade familiar. Esse mesmo entendimento foi adotado na Constituição de 1967, no art. 167, através da inserção da Emenda Constitucional nº. 69, para durar até a promulgação da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988.

Desse modo pode observar que a união estável, anteriormente denominada como concubinato, sempre foi praticada. Mas, nunca possuiu um embasamento legal, nessa mesma linha pode-se dizer da tutela sucessória quanto a esse assunto.

A Constituição Federal de 1988 tentou acabar com a desigualdade que existia em relação ao matrimônio e o antigo concubinato. Usando o argumento que o legislador originário constituinte era de que não havia motivo algum para haver tal diferença entre ambas as formas de constituição familiar, tendo em vista que a função do texto legal é somente, e principalmente, de proteger as relações entre pessoas e não de prejudicar como assim era feito com as normas anteriores.

Vale ressaltar ainda que não se pode esquecer que, a norma constituinte atual foi promulgada com o intuito principal de adequar o texto constitucional à evolução social existente, e assim foi feito.

A comparação do casamento com o instituto familiar da união estável trouxe ao Direito vários entendimentos diversos. Como por exemplo, quanto ao entendimento de que a Constituição Federal atual, em seu art. 226, ao determinar que a família, é base da sociedade, e como tal tem especial proteção estatal, concebendo assim ao referido instituto de forma plural, estabelece assim mais de

um modo de constituição de família. Sendo assim, uma vez que reconhecidas outras formas de constituição de família, seja a união estável, ou a família monoparental, o casamento começa a perder, definitivamente, o seu papel de único legitimador do núcleo familiar.

Dessa forma tendo como base a existência constitucional e legal da união estável, era necessária uma regulamentação legal, e assim foi feito com a elaboração e vigência das Leis nº. 8.971 de 1994 e 9.278 de 1996.

Com o advento de tais normas, o companheiro ficou protegido legalmente, principalmente em relação ao seu direito sucessório. Mas, o conflito surgiu com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 que tratou da união estável de forma muito superficial, diferente do que se esperava, pois se vislumbrava uma grande evolução, o que não aconteceu, pelo menos no que tange à tutela sucessória da união estável.

A norma ao invés de manter ou até mesmo ampliar o direito, fez o contrário, prejudicou o direito do companheiro sobrevivente em comparação com o do cônjuge. Ao analisar o artigo 1790 do Código Civil de 2002, que menciona sobre o direito sucessório dos companheiros, é visível que a injustiça praticada por parte do legislador originário deste texto civilista em comparação com o tratamento do direito sucessório dispensado aos cônjuges.

Essa afirmativa se dá pelo fato da concorrência que há com outros parentes sucessíveis do *de cujus* em ser muito maior no caso de união estável, dificultando assim o alcance no patrimônio devido a título de herança.

Esse problema surge com um grande retrocesso, tendo em vista que se esperava uma revolução jurídica no Direito Privado com a entrada do Código Civil de 2002, colocando-se assim um ponto final nas questões existentes na vigência do diploma civil anterior.

Porém isso não ocorreu, pelo menos no que diz respeito à união estável, uma vez que o legislador atual se concentrou somente nas formalidades matrimonialistas que já existiam inclusive no Código Civil de 1916.

Podemos mencionar ainda que o Código Civil de 2002 é de uma forma geral, apesar de ser bastante didático e de melhor entendimento que o anterior, despreocupando-se em solucionar temas atuais.

Em síntese o objetivo do Código Civil de 2002 foi de regular tópicos que não experimentam em possíveis inconstitucionalidades materiais, deixando de regular de

maneira correta os assuntos do nosso cotidiano, como por exemplo, o direito sucessório dos companheiros.

Este assunto se tornou importante para demonstrar a desigualdade jurídica existente entre as pessoas que contraem matrimônio, daquelas que vivem em união estável, principalmente em comparação com o direito sucessório.

O presente trabalho demonstrou também a mudança de pensamento da jurisprudência, que já existia na doutrina, com relação à tutela sucessória dos companheiros.

Desse modo, seria injusto afirmar que o Código Civil de 2002 não teria tratado da união estável e do seu direito sucessório, no entanto, tal legislador deixou de observar o texto constitucional, onde por meio deste seria possível a adoção de um tratamento isonômico entre o cônjuge e companheiro, como veremos a seguir.

Finalizando assim que a nossa atual norma civil é bastante objetiva e atende as diversas situações jurídicas importantes ao nosso dia-a-dia. Mas, em relação ao tratamento da união estável reconhecida pela nossa Constituição Federal de 1988 e ao seu direito sucessório, deixa a desejar, uma vez que impõe diversas barreiras ao alcance dos bens deixados pelo *de cujus* companheiro.

Sendo assim, felizmente, a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil de 2002 vem sendo reconhecida por alguns Tribunais Estaduais, que estão de aplicá-lo tendo em vista tamanha injustiça nele incorporado. Espera-se assim que, as Cortes Superiores venham a ratificar tal posicionamento, muito mais benéfico e justo aos conviventes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. República Federativa do Brasil. Casa Civil.

_____. Código Civil. Lei nº. 10. 406 de 10 de janeiro de 2002. Presidência da República, Casa Civil.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 5º volume: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, volume III: responsabilidade civil. 9ª. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14ª. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 7ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Direito civil: direito das sucessões**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.