

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa possui como tema central o Direito Sucessório e aprofunda-se, dentro desta temática no assunto que concerne à Tutela da União Estável à Luz do Código Civil e da Constituição Federal de 1988.

Assim, o foco central da problemática reside no exame do tratamento que é dado, ainda, ao companheiro de forma diferenciada em relação ao cônjuge.

A disparidade de tratamento do companheiro na sucessão, quando comparado ao que é concedido ao cônjuge, tem sido alvo da atenção de doutrinadores e da sociedade em geral, e com isso, tem motivado novos entendimentos do Judiciário quando da prestação jurisdicional estatal.

O tema envolve aspectos jurídicos, éticos e morais, aspectos estes que têm provocado grandiosos debates, assumindo novos contornos com a vigência do Novo Código Civil de 2002.

Em que pese inúmeras demandas já julgadas pelos tribunais estaduais, ao longo da vigência do Código supramencionado, quase sempre, com opiniões diversas, não existe, até então um posicionamento do Supremo Tribunal Federal – STF, no que tange à constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil vigente.

A partir da dúvida da constitucionalidade do dispositivo supra, restaram algumas indagações norteadoras:

- a) O artigo 1.790 do Novo Código Civil de 2002 é um dispositivo legal constitucional?
- b) Com o advento da Constituição Cidadã como se deu a evolução do direito sucessório do companheiro?
- c) Como o Poder Legislativo participa para solucionar problemas que envolvem proposições em exames nas Casas Legislativas?

Este trabalho possui como objetivo geral o exame à luz do Código Civil brasileiro quanto a pertinência da diferenciação do companheiro sobrevivente no processo de sucessão, possui como objetivos específicos:

Avaliar e ponderar o posicionamento jurisprudencial brasileiro juntamente ao que leciona a doutrina pátria.

Comparar o direito sucessório do companheiro em relação aos direitos do cônjuge, quais os fatores que transformam a união estável em um tipo de família de segunda categoria.

O tema em questão se torna importante uma vez que consiste na necessidade de expandir o conhecimento sobre os conflitos surgidos quando se interpreta o art. 226 §3º da Constituição Federal de 1988, demonstrando o seu alcance e, assim, a sua constitucionalidade ou não do artigo 1.790 do Código Civil frente as diferenças jurisprudenciais e doutrinárias que existem acerca da sua suposta inconstitucionalidade.

Frisa-se sua importância acadêmico-científica como também para o universo jurídico na medida em que pode-se contribuir para que sejam esclarecidas controvérsias que existem através da demonstração do atual pensamento de doutrinadores consagrados no ramo do direito civil como também da corrente jurisprudencial majoritária.

Este trabalho possui uma considerável relevância social pois, pretende-se a partir dele dar uma melhor interpretação do art. 226, §3º da Constituição Federal trazendo seus reflexos para todos aqueles que vivem neste novo modelo de formação familiar, já constitucionalmente tutelada, qual seja, a união estável.

Com esta pesquisa pretendeu-se, ao fim, demonstrar o posicionamento atual da doutrina e jurisprudência civilista brasileira com relação a aplicabilidade do art. 1.790 do Código Civil que aduz, de maneira específica do direito sucessório dos companheiros.

O presente trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais e também através de pesquisas realizadas na internet.

A abordagem desta pesquisa é qualitativa, consubstanciada na leitura do tema em questão, procurando sintetizar o que os mais renomados doutrinadores cíveis brasileiros consideram sobre o tema de uma forma que a partir deste estudo seja possível uma opinião conclusiva a respeito do tema em pauta.

O método utilizado foi o dedutivo fundamentando-se na doutrina de corrente majoritária e no julgamento de casos jurídicos nos Tribunais do Estado, no Superior Tribunal de Justiça – STJ como também no Supremo Tribunal Federal – STF.

No tocante as pesquisas bibliográficas, foram utilizados fontes primárias, legislação, livros e periódicos que tratam do tema e outras fontes a respeito de artigos publicados na internet.

O trabalho foi realizado em 4 (quatro) capítulos conforme segue:

O primeiro capítulo, Introdução, faz um apanhado geral de todo o trabalho, relatando de maneira genérica quais os principais pontos a serem discutidos nos

capítulos seguintes bem como o método utilizado para a confecção do presente estudo.

O segundo capítulo, denominado Família, aborda a origem e seus aspectos evolutivos e sua perspectiva com base no Código Civil e na Constituição Federal.

O capítulo seguinte, O Instituto da União Estável, aborda este modelo de formação de família, relatando a sua origem, seus requisitos e quais direitos que cercam este instituto.

Após será tratado, no quarto e último capítulo, Direito Sucessório e a União Estável será visto o conceito deste ramo do direito, espécie e seu alcance no Código Civil e na Constituição Federal.

O trabalho será finalizado na conclusão com uma opinião acerca da problemática envolvida neste tema tendo como fundamento os pensamentos avaliados dos autores estudados como também a corrente dominante da jurisprudência pátria.

2 FAMÍLIA

Para iniciar de maneira específica o estudo acerca do direito sucessório do companheiro, tema cujo qual é central nesta pesquisa, é necessário abordar o conceito de família, gênero da união estável, como sendo uma entidade familiar.

2.1 Evolução Histórica

O Conceito de família, no Brasil, da maneira que se conhece nos dias atuais fora fortemente influenciado pelo modelo de formação familiar germânica, canônica e romana.

No início do Império Romano, família era definida como um conjunto de pessoas que agiam sob o comando do seu respectivo ascendente, chamado de *patria potesta*.

Para os romanos, a família era também uma célula, religiosa, política, econômica e jurisdicional. O patrimônio familiar era comum e administrado, porém, pelo *pater famílias*.

Em Roma, a família era tida como uma unidade religiosa, tinha sua religião própria e esta religião fora também adotada pelos seus antepassados já falecidos naquela família.

O Senado era constituído por uma reunião dos chefes das famílias, que as representava como unidades políticas, exercendo, assim, a justiça dentro de suas próprias casas, o chamado *pater famílias*.

Quando se casava, a mulher podia manter-se sob o comando do pai, como ocorria nos casamentos sem *manus* ou então, no casamento com *manus*, passava a integrar a família do marido porém, era proibido que uma pessoa pudesse pertencer a duas famílias ao mesmo tempo.

Ao longo do tempo, a autoridade do *pater famílias*, sofreu restrições ao passo que o conceito de família evoluía e crescia a concessão de autonomia às mulheres, a exemplo do direito de vida e de morte que o *pater famílias* podia exercer sobre seus descendentes e sua mulher.

Paulatinamente, os descendentes passaram a administrar os vencimentos civis e militares como também as doações que eram feitas pelo próprio pai.

A emancipação dos filhos que à época era considerada um favor detinha o condão de manter os direitos relativos à sucessão, o que anteriormente não era permitido pois, a emancipação não era um favor e sim um castigo.

O casamento sem *manus* substituiu o casamento com *manus* e com isso a emancipação da mulher progredia pois, a mulher que casava-se sem *manus* continuava sob o pátrio poder de seu ascendente quando não tivesse antepassados vivos do sexo masculino ficaria sob a tutela do seu descendente masculino.

No império romano, a mulher não precisava de assistência de um tutor para praticar atos da vida judicial, assim, passou a gozar de uma total autonomia quanto a sua vida político-social e com isso a mulher não ficava mais limitada a atividades estritamente domésticas.

Frente a estas mudanças, o feminismo ganha força e algumas alterações foram sofridas nas vidas das mulheres, como disputar esportes, caçadas e com essa liberdade da mulher algumas famílias romanas foram dissolvidas com divórcios e adultérios, por exemplo.

Conforme leciona Jerome Carcopino (apud WALD,2002, p.12), a vida diária em Roma no Auge do Império:

A vida dos homens políticos reflete a instabilidade da família romana. Pompeu divorciou-se; Júlio César repudiou sua segunda mulher; Cícero separou-se de Terencia para casar com a jovem Publícia. Seneca esclarece que naquela época as mulheres casavam para se divorciar e se divorciavam para casar novamente.

O concepção romana de casamento destoa da ideia de casamento da atualidade. A afeição era condição *sine qua non* para que o casamento durasse e tal afeto deveria permanecer por toda a vida matrimonial.

Os motivos ensejadores do divórcio foram restringidos por Justiniano (528 d. C), que somente o concebia em casos especiais, mas, paulatinamente, o direito de Roma passou a admitir novamente o divórcio por consenso do homem e da mulher, sob o pretexto de que a mesma vontade que fez com que o casamento se realizasse, poderia ser motivo para que este casamento chegasse ao fim.

No direito Católico romano, o divórcio era tido como um instrumento contrário as ideias de família e que tal situação ensejaria na má formação dos filhos.

Conforme o direito canônico, o matrimônio não pode ser visto apenas como um contrato, mas sim como num sacramento, não cabendo aos homens dissolver uma união abençoada por Deus.

Logo no seu início, o direito canônico não permitia o desfazimento do casamento de forma pacífica porém existia a ressalva contida no Evangelho de São Mateus que previa a possibilidade de dissolução do casamento na hipótese de adultério.

Por outro lado, outros Evangelhos não permitiam a dissolução por qualquer que fosse o motivo, assim, frente as estas desavenças o direito canônico adotou um único Evangelho, o de São Mateus permitindo apenas a separação de corpos, sem que os ex cônjuges pudessem contrair novos casamentos.

Tal proibição durou até o século XI quando o desfazimento do casamento passou a ser acatado de uma maneira geral.

Do século X ao XV, na Idade Média, o matrimônio religioso era a única forma adotada, sendo as relações familiares guiadas pelo direito canônico.

Apesar da forte influência dos romanos quanto ao pátrio poder e os valores matrimoniais entre o casal, com relação ao dote é possível perceber forte influência das normas germânicas.

Na doutrina canônica, o casamento era concebido como um sacramento, assim sendo, era insolúvel, admitindo a hipótese de divórcio, apenas quando houvesse caso de adultério e para aqueles que cometiam a infidelidade no matrimônio não era concebido o caráter sagrado deste.

De outro lado, era possível perceber a divergência existente entre a concepção católica do matrimônio para a ideia de casamento da sociedade medieval.

Para a Igreja, o casamento apenas dependia do consentimento das partes, enquanto a sociedade medieval tinha o casamento como um ato de repercussão político-econômica onde além do consentimento dos noivos deveria ter também o consentimento das famílias envolvidas.

Uma vez que o casamento era indissolúvel, o direito canônico passou a estabelecer uma série de impedimentos. Existiam os impedimentos de caráter

absoluto que ensejava a nulidade do casamento e os impedimentos dirimentes relativos, que acarretavam a anulabilidade.

A igreja ainda exige para que haja a validade no casamento apenas o consenso das partes e as relações sexuais de maneira voluntária, deixando em plano secundário o consentimento paterno.

Já o direito eclesiástico afirmava que o preço da virgindade (*pretium virginitatis*), que era o dote material em favor da mulher só poderia por ela ser recebido após ter relação sexual com seu esposo.

Exigia também, o direito supracitado, que além do consentimentos do homem e da mulher onde externariam a sua vontade perante a sociedade e sacerdote que o casamento somente se consumaria de fato por meio da cópula carnal, e assim não sendo, seria motivo excepcional de dissolução.

O instituto do divórcio no direito canônico era diferente do adotado no direito judaico ou no direito romano. Para este último, divorciar-se não era sinônimo de desfazimento do vínculo por se tratar de um ato jurídico de autoridade religiosa, por outro lado, os hebreus tratava o divórcio como sendo um ato privado onde o prejudicado poderia recorrer ao judiciário.

A separação no matrimônio somente passou a ser admitida após o século XIV quando houvesse acordo entre as partes e com ele, seria extinto o dever da coabitação enquanto permaneceria o dever de fornecer alimentos, por exemplo.

No fim da Idade Média, os conflitos existentes entre os tribunais cíveis e os religiosos passaram a ficar mais acirrados no tocante aos direitos patrimoniais da família.

Para os protestantes, a competência para tratar da matéria direito de família deveria ser do Estado pois, para este não havia motivos para atribuir caráter sagrado ao matrimônio.

Uma vez que se tratava apenas de um ato da vida civil do cidadão e que assim sendo, não poderia haver óbice para os cônjuges que desejassem dissolver seu casamento de acordo com suas vontades.

Segundo Arnold Wald (2002, p.15), o Concílio de Trento, visando apoiar os católicos, reafirmou o caráter sacramental do matrimônio e com isso atribuía à Igreja a competência exclusiva para celebrar e declarar a nulidade dos casamentos.

Consolidou-se com o Concílio a ideia de ser o casamento um ato solene, que precisava ser público, e onde a coabitação somente era permitida após a benção nupcial feita pelo sacerdote, que era a testemunha necessária, além de ser Ministro do sacramento onde cabia-lhe registrar o ato como prova do casamento.

As decisões do Concílio influenciaram fortemente a evolução do direito de família dos católicos, principalmente em Portugal que passou a determiná-las em seu território.

Na França, país onde as deliberações do Concílio nunca haviam sido aceitas pelo Poder Legislativo, fora diretamente influenciado acarretando em uma legislação cível que acompanhara a lei canônica.

Com o Renascimento, a figura do rei passou a ser fortalecida e o direito romano dominou o mundo e outra vez o Estado passou a reivindicar a competência para julgar as questões referentes ao direito de família.

Os opositores e autoridades legais às resoluções do Concílio de Trento tinham como fundamento o fato de que não existia um texto expresso onde houvesse a autorização dos pais dos cônjuges para a realização do matrimônio.

Como dito, na Idade Média o casamento era um ato político onde se concebia pouca importância à vontade das partes em contrapartida era forte o interesse da sociedade, ou seja, dos pais que representava o pensamento das autoridades legais.

Com o objetivo de extinguir os casamentos clandestinos, a Igreja e o Estado firmaram um acordo onde passou-se a exigir a publicidade prévia bem como presença de testemunhas no ato, e estas exigências passaram a ser definitivas no direito moderno.

De acordo com Wald (2002, p.16), “o problema das minorias não católicas levou o Estado a admitir, ao lado do casamento religioso, o casamento civil, instituído na França em 1761.”

Aos poucos, o direito positivo e as jurisprudências passaram a se desenvolver, ainda que moderadamente, nos países católicos como também nos países protestantes.

Assim, ao passo que esse desenvolvimento acontecia, a competência das autoridades eclesiásticas fora absorvida pela autoridade civil, ao qual as partes poderiam recorrer das decisões eclesiásticas a este na qualidade de órgão originalmente competente ou como tribunal.

A doutrina contribuiu na interpretação dos aspectos civis e religiosos do matrimônio, sendo este primeiramente regulado pela legislação Estatal e após pela Igreja, assim, a concepção geral do casamento, majoritária na maior parte das leis em vigor, à época, passou a dominar de forma qual o casamento religioso fora reconhecido.

O direito familiar do Estado preservou, entretanto, características básicas da doutrina canônica encontradas nas legislações de todo o mundo, inclusive na legislação brasileira.

Atualmente, já se discute o conceito pós moderno de família, que a partir da década de 60, do século XX, passou por uma mudança quanto ao seu entendimento e dinâmica.

Segundo Águida Arruda que interpretou o pensar de Jean Borbonnier, conceito pós moderno de família (2009, p.25) nada mais é:

a família contemporânea, mais do que nunca, reflete a biologia. Sua constituição apoia-se em dois eixos: a consanguinidade, como expressão da sexualidade humana, e a filiação, como expressão genérica. Vista sob esta ótica, a história da família coincide com as conquistas científicas de cada época. Assim na família é um grupo elementar formado por indivíduo vinculados por motivação biológica: a união dos sexos, procriação e descendência de procriador comum; este grupo tem uma estrutura, mas é um grupo vivo, animado pelas funções que ele exerce no corpo social.

2.2 Noção de Família à luz da Constituição Federal

Com o advento da Constituição de 1937 a família passa ter status social e jurídico e de acordo com o Decreto Lei nº 1764/39, estabeleceu-se a Comissão

Nacional de Proteção à Família. Porém somente com o Estatuto da Mulher Casada editado em 1962 é que a mulher deixou de ser considerada relativamente incapaz.

O casamento religioso, com a Lei 1110 de 1950 passou a ter efeitos cíveis. Na Constituição Federal de 1969, a família natural somente poderia ser reconhecida se adviesse de um casamento.

Com a Lei 6515 de 1977 denominada Lei do Divórcio, passou-se a introduzir normas atinentes ao divórcio como também à realização de um segundo casamento.

Anteriormente à Lei supramencionada, existia o instituto do desquite que não finalizava por completo o vínculo do casamento, somente existia a quebra dos aquestos comunicados, e dessa forma o desquitado não estava libertado para contrair novo casamento.

Porém, foi na Constituição de 1891, que ficou estabelecido pela primeira vez que seriam reconhecidas as uniões baseadas no casamento civil causando, dessa maneira, desconforto na sociedade uma vez que a Igreja ainda era formadora de opiniões e plantou a ideia em seus fiéis de que o casamento civil era uma heresia.

A Carta Magna de 1988 mudou radicalmente o status jurídico das mulheres no Brasil. A Constituição, entre outros, distribuiu o pátrio poder, alterando significativamente a condição feminina, abrindo um importante precedente que é a igualdade entre mulheres e homens, a exemplo de:

- a) Igualdade entre os nubentes. Os direitos e deveres dos cônjuges na sociedade matrimonial são exercidos com equidade.
- b) Igualdade entre os descendentes. Os filhos, advindos ou não da relação matrimonial ou aqueles adotivos teriam os mesmos direitos, restringindo quaisquer designações discriminatórias com relação à filiação.
- c) União Estável. Para efeito de proteção Estatal, passa a ser reconhecida a união estável entre homem e mulher, onde deve a legislação facilitar sua conversão em casamento.

Esta última alteração garantiu o reconhecimento de outros vários direitos àqueles que viviam em união estável, dentre quais, o direito a prestação alimentícia, direitos relativos a sucessão e o de meação de bens.

Em sua obra, Direito de Família v.6, Venosa (2003, p.29), aduz:

a constituição de 1988 consagrou a proteção a família no seu art. 226, compreendendo tanto a família fundada no casamento, como a união de fato, a família natural e a família adotiva. De há muito o país sentia a necessidade de reconhecimento da célula familiar independentemente da existência de matrimônio:

a família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros legais não revelam não ser essencial o nexo familiar-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que o casamento e família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família.

De acordo com José Sebastião de Oliveira (2002, p.273), os princípios constitucionais do direito de família na Lei Maior de 1988, não possui um rol exaustivo, uma vez que outros poderão ser inferidos:

proteção do todas as espécies de família (ar. 226, caput); reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais (art. 226 §3º e 4º); igualdade entre os cônjuges (art. 5º, *caput*, I e art. 226, 5º); dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (art. 226, §6º); dignidade da pessoa humana e paternidade responsável (art. 226, § 5º); assistência do Estado a todas as espécies de família (art. 226, § 8º);dever de a família, a sociedade, e o Estado garantirem à criança e ao adolescente direitos inerentes à sua personalidade (art. 227, §1º, 2º,3º,4º,5º,7º); igualdade entre os filhos havidos ou não no casamento, ou por adoção (art. 22, § 6º); respeito recíproco entre pais e filho; enquanto menores é dever daqueles assisti-los, cria-los educá-los, e destes o de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229); dever da família, sociedade e Estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para que também tenham uma velhice digna e integrada à comunidade (art. 239,CF).

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma importante norma no tocante a dissolução do matrimônio, qual seja, o seu art. 226, §6º que assim dispõe: “o casamento civil será dissolvido pelo divórcio, após a separação judicial, por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

Foi através da Emenda Constitucional nº 66 de 2010 que o instituto do divórcio fora modificado, passando o § 6º do art. 226 da Lei Maior a ter a seguinte redação: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Com este novo texto, a Constituição Federal conferiu exclusivamente ao divórcio meio para dissolução.

2.3 Noção de Família à luz do Código Civil

A partir da metade do século XX o direito pátrio fora, gradativamente, rompendo barreiras da Igreja com relação à regulamentação familiar e do matrimônio, passando a conferir direitos aos filhos ilegítimos ao passo que também tornara a mulher totalmente capaz.

Na Constituição Federal de 1988 consta um marco histórico pois, não mais se diferencia a origem da filiação, onde os direitos dos filhos são equiparados e a hegemonia do marido na sociedade conjugal perde a força.

O legislador ao enfrentar esta questão teve uma árdua tarefa notadamente quanto a Emenda Constitucional nº 09/1977 aprovava o divórcio e superar as barreiras de ideologias políticas, econômicas, religiosas e sociológicas.

A batalha dos legisladores se consolidou para aprovação do novo Código Civil cujo projeto de lei de junho de 1975 somente fora transformado em lei no ano de 2002.

Segundo Wald (2002, p.31):

A Constituição de 1988, precisamente, é que provocou profunda modificação no Código Civil de 2002, na parte do Direito de Família. Considerando a família ‘base da sociedade’, sob ‘especial proteção do Estado’, deu-lhe amplitude singular. Não a conceitua mais como originária do casamento. A este prestigiando, até com a gratuidade de sua celebração, inovou com o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. E recomenda que se lhe facilite a ‘conversão em casamento’. Em norma coerente com a evolução da sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Manteve o divórcio como causa de dissolução do casamento, após prévia separação judicial por mais de um ano, ou comprovada separação de fato por mais dois anos. Preceitua, com firmeza que o ‘planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas’ (art.226, §§ 1º a 7º).

Ainda na opinião do referido autor (2002, p. 26), o legislador estabeleceu as seguintes diretrizes quando da aprovação do Código Civil:

- 1) As questões essenciais são decididas em comum, sendo sempre necessária a colaboração da mulher na direção da sociedade conjugal. A mulher, em suma, deixa de ser simples colaboradora e companheira – consoante posição que lhe atribuiu a lei vigente – para passar a ter “poder de decisão”, conjuntamente com o esposo;
- 2) Prevaecem as decisões tomadas pelo marido, em havendo divergência, mas fica ressalvada à mulher a faculdade de recorrer ao juiz, desde que não se trate de matéria
- 3) O domicílio do casal é escolhido por ambos os cônjuges, e não apenas pelo marido, como dispõe o Código atual, que se limita a conferir à mulher a faculdade de recorrer ao juiz no caso de deliberação que a prejudique, de conformidade com a redação dada ao seu art. 233 pela Lei 4,121 de 27 de agosto de 1962, que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada;
- 4) Pode a mulher, assim como o marido, ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares e relevantes;
- 5) O exercício do pátrio poder compete a ambos os cônjuges, com a mesma configuração jurídica consagrada pela lei;
- 6) Cabe a ambos os cônjuges, como norma geral, a administração dos bens próprios.

Para o mesmo Autor (2002, p. 27-30) supra, as modificações mais importantes do Código Civil são:

- a) Nova disciplina dada à matéria de *invalidade de casamento*;
- b) Considerar erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge a ignorância, a anterior ao casamento, de doença mental grave, incurável e que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado, caso em que o casamento pode ser anulado;
- c) Elevação para quatro anos do prazo de decadência para anulação do casamento em virtude de coação;
- d) Direito reconhecido à mulher de retomar seu nome de solteira, se condenado o marido na ação de desquite;
- e) Previsão da hipótese de separação ininterrupta do casal, por mais de cinco anos, para equipará-lo ao desquite tão somente para fim de reconhecimento dos filhos adulterinos;
- f) A obrigação de ambos os cônjuges, quando casados no regime de separação de contribuir para as despesas do casal na proporção dos

rendimentos do seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário em pacto antenupcial;

g) Estabelecer, como regime legal, o da comunhão de aquestros, de conformidade com o que vinha sendo insistentemente reclamado pela doutrina;

h) Manter a instituição do bem de família, mas de modo a torna-lo suscetível de realizar efetivamente a alta função social, que o inspira, inclusive de uma forma que, ao meu ver, substitui, como vantagem, as soluções até agora oferecidas no Brasil ou no estrangeiro, prevendo-se a formação de um patrimônio separado, cuja renda se destine à efetiva salvaguarda da família;

i) Revisão das normas relativas à tutela, a fim de melhor disciplinar a competência do tutor, tornando-a mais condizente com a realidade;

j) Transferência da lei especial da disciplina das relações patrimoniais entre concubinas, a fim de que possam ser considerados outros aspectos da questão, inclusive em termos de sociedade de fato, consoante vem sendo elaborado pela jurisprudência.

O Novo Código Civil inovou também no direito sucessório, principalmente, no tocante à posição do cônjuge na sucessão legítima, considerando-o, agora, pela primeira vez na legislação brasileira, como herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e ascendentes, dando-lhes privilégios de herdeiro sucessório privilegiado, uma vez que concorre diretamente os descendente na primeira classe de legítimos e depois com os ascendentes na segunda classe e por fim, ocupa a terceira classe, sozinho, na sucessão legítima.

Infelizmente, o companheiro não obteve tal privilégio que, em que pese ser considerado herdeiro, uma vez que é personagem de uma unidade familiar, a União Estável tema este que será objeto principal desta pesquisa.

2.4 Formas de Entidades Familiar

Conforme preceitua a Constituição federal em seu art. 226, existem três tipos de entidades familiar:

- 1) A família unida por pessoas através de um casamento, com fundamento no § 1º e 2º do art. 226.

- 2) A família unida por pessoas através de uma união estável, nos termos do § 3º do art. 226
- 3) A família monoparental, cuja qual é formada por apenas um dos pais e seus descendentes, conforme §4º do art. 226.

Para Maria Helena Diniz (2002, p.15) família é “o grupo fechado de pessoas, composto dos pais e filhos e, para efeitos limitados, de certos parentes, unidos pela convivência de afeto nessa mesma economia e sobre a mesma direção”.

Ao analisar o ataque do feminismo e da liberdade sexual em desfavor do conceito de família, Anderson Schreiber (2009, p.238) aduz que:

esse cenário levou juristas a empreenderem considerável esforço na elaboração de um novo conceito de família que fosse capaz de abrigar as diferentes manifestações fáticas de conveniência afetiva. A antiga concepção jurídica do instituto, exclusivamente calcada no matrimônio foi progressivamente substituídas pelas chamadas “unidades familiares”, expressão plúrima, que pretendia conjugar situações tão distintas quanto variadas, incluindo, em listagem sempre crescente, as famílias monoparentais, as uniões homoafetivas, a família matrimonial, as uniões estáveis, as famílias recompostas, as famílias anaparentais, e assim por diante.

Neste sentido, Paulo Lobo (apud Schreiber 2002, p. 238) assevera:

os tipos de entidades familiares explicitamente referida na Constituição brasileira não merecem *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostentabilidade, estão constitucionalmente protegidos, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo Direito de Família e jamais pelo Direito das Obrigações, cuja incidência degrada sua desigualdade e das pessoas que a integram.

Conforme Schreiber (2009, p. 239), para formação de uma entidade familiar, a doutrina elenca: estabilidade, a ostentabilidade e por fim e não menos importante a afetividade.

Assim, apesar da disposição do art. 226 da Carta Magna, o conceito de entidade familiar vem, ao longo dos tempos, sofrendo ampliação contando com a decisiva contribuição doutrinária e jurisprudencial que acompanhando o

comportamento social pátrio tem se manifestado a favor da consolidação de novas formas de entidades familiares, principalmente no tocante às entidades homoafetivas.

O judiciário brasileiro tem se posicionado favorável às novas modalidades de formação familiar, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que em que pese não haver legislação que textualmente reconheça a união homoafetiva, tem proferido julgados reconhecendo direitos para aqueles casais homossexuais que além de viver juntos e constroem patrimônio em comum.

A necessidade do reconhecimento dessa novo modelo de formação familiar é perceptível, principalmente, no tocante aos direitos dos companheiros após a morte de um deles.

As pessoas do mesmo sexo ao se relacionarem possuem os mesmos objetivos dos casais de sexo oposto, que são, basicamente: o vínculo afetivo duradouro com o fito de construir uma família e por consequência estabelecer um patrimônio em comum.

Em países como a Argentina e Uruguai já admitem de alguma maneira a união de pessoas do mesmo sexo em sua legislação ao estabelecerem normas que garantam a segurança jurídica para casais homossexuais.

No Brasil, em março de 2011 a senadora Marta Suplicy e outros senadores desarquivaram um projeto de lei que há muito estava estagnado na Câmara Federal, o Projeto de Lei Complementar 122/2006 que propõe a criminalização da homofobia.

Ainda assim, todo esse aparato não supre a lacuna deixada pela falta de uma legislação que regule as relações entre pessoas do mesmo sexo.

Em 29 de março de 2011 o então Presidente da República sancionou a Lei nº 11.398 que assegura aos avós o direito de conviver com os seus netos.

Desde muito antes os avós são obrigados, por meio de decisões judiciais, a prestarem assistência de alimentos aos seus netos subsidiariamente aos pais. Com esta Lei, o direito de convívio entre avós e netos passa a ser regulado, o que na prática amplia o conceito de família.

O novel modelo de formação familiar, entre avós e netos, passou a ser chamado de “família avoenga”.

Contudo, é possível afirmar que, em que pese o surgimento de novos modelos de formação familiar, a legislação positivada não consegue acompanhar os modelos surgidos nas últimas décadas porém, a jurisprudência tem auxiliado bastante que o sistema jurídico brasileiro acompanhe paulatinamente as mudanças sofridas no que concerne às novas formas de famílias.

3 INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL

3.1 Origem e Evolução Histórica

A união estável, de igual modo aos demais institutos de direito de família pátrio, possui como fundamento os princípios do direito romano reconhecendo a união entre a mulher e o homem, sem formalidade, como se um casamento fosse, um matrimônio de segunda classe, porém, uma união lícita, a partir da *Lex Papia Pappaea*.

Óbvio que, na Idade Média, essas uniões foram veemente combatidas pela forte influência do Direito Canônico, chegando aos tempos do Código Civil como sendo, a união estável, um tipo de união reprovável.

Em verdade, aquelas mulheres que se relacionavam com homens sem o devido casamento eram chamadas de concubinas, acabavam por colaborar com a formação patrimonial dos homens e, sem direitos, restavam os companheiros por incidir na figura deplorável do direito civil que é o chamado enriquecimento sem causa.

Aqui no Brasil, não foi diferente. Ainda no Código Civil de 1916 o legislador reprovou a família ilegítima, mencionando o concubinato, com o único propósito de dar proteção à família legítima, deixando de reconhecer quaisquer direitos às uniões de fato.

Após a promulgação da Lei Maior, passou a vigorar p §3º do art. 226, onde se estabeleceu: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.”

Tepedino (1999, p.328) afirma que: “não haver justificativa para qualquer hostilidade para com as entidades familiares extramatrimoniais, especialmente, num país onde mais da metade da população vive sob regime de união livre.”

Para Zeno Veloso (2010, p.164): “É um argumento de grande importância, com profundo conteúdo jurídico e sociológico, além de intenso colorido histórico político”.

Na opinião de Venosa (2003, p.35), “Muitos foram os que entenderam, até as últimas décadas, que a união sem casamento era fenômeno estranho ao direito de família, gerando, apenas, direitos obrigacionais”.

Para Pontes de Miranda (2003, p.37):

O concubinato não constitui, no direito brasileiro, instituição do direito de família. A maternidade e a paternidade ilegítimas o são. Isso não quer dizer que o direito de família e outros ramos do direito civil não se interessem pelo fato de existir, socialmente, o concubinato.

Afirmava, Washington de Barros Monteiro (apud Venosa, 2003, p.35): “a proteção legislativa do concubinato era repulsiva, chegando a asseverar: que a indulgência com as famílias ilegítimas concorria indubitavelmente para a segregação da família legítima.”

De outra banda, Silvio Rodrigues, na visão de Venosa (2003, p.36), sempre se mostrou indulgente com o instituto da união livre, talvez, pela sua militância da advocacia nessa área.

Ao explicar sobre o §3º do art. 226 da Carta Magna de 1988, Silvio Rodrigues (apud Venosa, p.36) afirmou: “a despeito da indiferença do legislador no passado, a família constituída fora do casamento de há muito constitui uma realidade inescandível”.

Após a Constituição Federal de 1988 esta matéria foi regulamentada pela Lei 8.971 de 1994 que disciplinou o direito sucessório dos conviventes e a Lei 9.278 de 1996 que trata do direito real da habitação.

Importante destacar que o legislador estabeleceu o direito sucessório do companheiro com base no direito sucessório atinente aos cônjuges tutelado pelo Código Civil de 1916.

Conforme os art. 2º e 3º da Lei 8.971/94:

Art. 2º. As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do (a) companheiro (a) nas seguintes condições:

I – o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste ou comuns;

II – o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos destes, embora sobrevivam ascendentes;

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

Art. 3º. Quando os bens deixados pelo (a) autor (a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do (a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Assim, com a vigência da Lei 8.971/94, o companheiro vivo concorria com os descendentes e os ascendentes do companheiro falecido, apenas na modalidade usufrutuário, recebendo a herança em sua totalidade na falta de ascendentes, com a exclusão dos colaterais.

De outro modo, os arts. 5º e 7º da Lei 9.278/96 dispõem:

Art. 5º. Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou 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.

1º Cessa a presunção do *caput* deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

[...]

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de algum dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Conforme os ditames do Código Civil de 1916 para o cônjuge sobrevivente, o companheiro, conforme o caso, sucedia o *de cujus* em propriedade, habitação e usufruto, e podia cumular os direitos de habitação e usufruto, o que anteriormente era proibido ao viúvo, que não podia fazer essa cumulação a depender do regime de bens que regia o matrimônio (art. 1611 Código Civil de 1916).

Essa extensão de direitos concedidas aos cônjuges gerou críticas na doutrina brasileira pois, o direito real de habitação, a teor do art. 1611,2º do Código Civil de 1916, somente era reconhecido ao cônjuge sob o regime universal de casamento e

relativo, somente, ao bem imóvel destinado à residência da família, com a condição de que fosse o único bem a inventariar e essas restrições não eram impostas ao cônjuge e a fundamentação para tanto estava prevista no art. 7º, parágrafo único da Lei 9.278/96.

Com o advento do Código Civil de 2002, a união estável passou a ter normatização própria, tais normas estão dispostas dos artigos 1.723 a 1.727, onde são enumerado os requisitos para a configuração da união estável.

Os dispositivos legais supracitados dispõem sobre os deveres dos conviventes, define regime de bens, estabelece a via própria para a sua conversão em casamento, estabelecendo, por fim, a diferença entre união estável e o antigo concubinato.

O art. 1.723 ao definir união estável como “convivência pública, contínua e duradoura”, estabelecida entre homem e mulher com o propósito de “constituição de família”, quis o legislador, esclarecer que: a união estável somente pode ser cogitada quando existente entre homem e mulher, e com isso afasta a hipótese de ser concedida para pessoas do mesmo sexo; que para ser reconhecida como tal, a união estável deve ser pública, duradoura e contínua, dirimindo, assim, a possibilidade de ser caracterizado como união estável, um relacionamento clandestino, por exemplo.

Ao examinar a expressão “duradoura”, no artigo acima, é imperioso observar que o legislador fez alusão a uma união já existente há anos, preferindo abandonar, quando da edição da Lei 8.971/94, o critério que exigia como condição para caracterizar a união estável, o prazo mínimo de cinco anos.

O art. 1.723 do Código Civil dispõe que: “É reconhecido como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

No artigo acima disposto é possível observar que para que seja reconhecida uma convivência caracterizadora de uma união estável, e assim sendo, representativa da existência de uma entidade familiar, é necessário que a revista de publicidade, continuidade e duração.

Desta feita, não se confunde com o instituto do concubinato, constituído pela livre união entre homem e mulher, que se estabelece com o objetivo de mera comunhão de leitos.

Para a união estável é necessário pressupor uma convivência com uma boa duração, representativa de uma relação revestida de estabilidade, com aparência de matrimônio, enquanto que no concubinato, constitui uma união assumida de forma livre, sem o propósito de formação familiar, de pequena duração e que na maioria das vezes é cercada de clandestinidade principalmente quando se dá por pessoas que estão impedidas de contrair o casamento.

O art. 1.727 do Código Civil ao tratar do concubinato, assim estabelece: “As relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de se casar constituem concubinato”.

Ao confrontar o art. 1.723 *caput* do Código Civil com o art. 1.727 do mesmo diploma legal, é possível observar o cuidado do legislador em fazer a distinção entre união estável e concubinato. A união estável, pela seriedade de propósitos, é reconhecida como representativa de uma unidade familiar, por outro lado o concubinato, este não merece o mesmo reconhecimento pois, geralmente é estabelecido por pessoas impedidas de casar.

O §1º do art. 1.723 aduz que: “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI, no caso de a pessoa se achar separada de fato ou judicialmente”

Os ditames contidos nos arts. 1.723 *caput* e 1.727, trazidos em confronto, examinados em harmonia com o disposto na primeira parte do §1º do art.1.723 – levando em conta, por um lado, a definição dada ao concubinato, no art. 1.727, ao relacionamento de pessoas impedidas de contrair matrimônio, a teor do art. 1.521 – dão a impressão, *a priori*, de que teria sido a intenção de descartar a hipótese do reconhecimento da união estável, caso um dos parceiros já fosse casado.

Porém o legislador preferiu na segunda parte do § 1º do art. 1.723 estabelecer exceção ao comprovar a existência da união estável entre pessoas que não podem casar por já terem casado uma vez (art. 1.521 VI), quando separadas de fato ou judicialmente, pondo-se, assim, em confronto, entende-se, com a norma do §3º do art.

226 da Carta Magna – instituidora da conversão da união estável em matrimônio - conversão essa que no caso é evidentemente impossível, pois está diante de parceiros que em que pese estarem separados judicialmente ou de fato estão impedidos de casarem-se.

Importante registrar que a disposição da segunda parte do §1º do art. 1.723 do Código Civil – admitindo por exceção, a união estável, entre pessoas que são separadas de fato ou judicialmente, continuam, obviamente, impedidas de casar – conflita com o teor do art. 1.727 também do Código Civil que define a união existente entre pessoas impedidas de contrair casamento, como concubinato.

3.2 Requisitos

De acordo com o art.1.723 do Código Civil de 2002, “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Assim, é necessário demonstrar os elementos que caracterizam a união estável, quais sejam: continuidade, estabilidade, publicidade, diversidade de sexo e objetivo de constituição de família.

A continuidade é o elemento que completa a estabilidade, uma vez que é possível pressupor que uma relação seja contínua sem se tornar infame por términos constantes o que revela ser uma instabilidade contrária ao propósito de formação familiar.

Porém, o caráter de continuidade não é absoluto uma vez que crises são normais em uma relação acarretando em separações ainda que logo após aconteça uma reconciliação, como assevera Venosa (2005, p.59).

Assim, a união estável é conhecida por cada caso particular, não podendo apenas ser reconhecida pela sua duração, mas pelo tipo de convivência que existe entre o casal, refletindo que querem de fato formar uma família, ou seja, deve haver um sentimento que demonstre o real objetivo de constituir um seio familiar.

A estabilidade é uma característica que para ser levada em consideração se faz necessário considerar a permanência dos companheiros, ou seja, não há possibilidade de originar tal elemento por meio de uma união passageira, temporária pois, desta feita, não há o *animus* de se constituir uma família.

A publicidade é um elemento de suma importância pois, transmite notoriedade, ou seja, a relação passa a ser reconhecida na sociedade onde os conviventes demonstram que constituíram uma família como se fossem casados.

Desta feita, entende-se por publicidade a união em que os companheiros se apresentem para a sociedade como se cônjuges fossem, e não a partir de um relacionamento curto e secreto que por consequência não é possível transmitir notoriedade e ou afetividade o que restaria por caracterizar uma relação adulterina ou ilícita.

De acordo com Maria Berenice Dias (2002, p.326): “A convivência *more uxório* deve ser notória, os companheiros deverão tratar-se, socialmente, como marido e mulher, aplicando-se a teoria da aparência revelando o intentio de constituir uma família”.

Neste mesmo diapasão, Venosa (2005, p.61): “A união de fato que gozará de proteção é aquela na qual o casal se apresenta como se marido e mulher fossem perante a sociedade, situação que se avinha da posse de estado de casado”.

Quanto à diversidade de sexo, o Código Civil vigente, em seu art.1.723 e a Constituição Federal em seu art. 226, §3º reconhecem a união estável entre o homem e a mulher, ou seja, como se podem notar não fora regulamentada a união entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que a legislação brasileira equiparou o instituto união estável ao casamento, em que este último tem por finalidade a união entre pessoas de sexos opostos para darem origem a uma prole.

Assim, conforme a legislação positivada, não há como ser considerada união estável a união de pessoas do mesmo sexo.

Ainda segundo Venosa (2005, p.59):

O relacionamento homossexual, modernamente chamado homoafetivo, por mais estável e duradouro que seja, não receberá a

proteção constitucional e, conseqüentemente, não se amolda aos direitos de índole familiar criados pelo legislador ordinário.

Aqui, se faz de suma importância frisar que, a legislação positivada, escrita, ainda não reconheceu a união estável a união homoafetiva contudo, com a evolução e mudanças sociais e a necessidade de adequação do sistema jurídico às realidades das pessoas, é possível sim, nos dias atuais, a concessão do caráter de união estável àqueles que possuem o mesmo sexo e que desejam unir-se com o objetivo de constituir uma família, pautada na publicidade, respeito, afeto, monogamia e os demais requisitos atinentes a concessão do status de união estável.

O objetivo de constituir família é uma característica que se diferencia dos demais por ser o único que seja necessária a confirmação dos demais elementos, ou seja, a partir da corroboração dos outros elementos caracterizadores é que é possível comprovar o propósito de constituir uma família e assim, por consequência, reconhecer a união estável.

Esse elemento visa excluir aquelas relações que não possuem o objetivo de criar um ambiente familiar, ainda que sejam duradouros, contínuos e públicos pois, existem relacionamentos que se pautam apenas para realização do desfrute recíproco, sem qualquer envolvimento moral que visa a formação de uma família.

Conforme ensina Silvio Venosa (2005, p.61): “Sem o objetivo de constituir família, a entidade de fato poderá ser um mero relacionamento afetivo entre amantes, gerando, no máximo, sociedade de fato, em relação a bens adquiridos por esforço efetivo de ambos”.

3.3 Direitos Decorrentes da União Estável

O antigo Código Civil por não reconhecer a união estável, também não cuidou de tratar da obrigação alimentícia entre companheiros.

Contudo, a partir do advento das Leis 8.971/94 e 9.278/96 foi que surgiu a obrigação da prestação de alimentos para os companheiros, onde a Lei 8.971/94 conferiu direito a alimentos na vigência da união estável, em que o companheiro culpado pelo fim da união deveria fornecer ao outro companheiro, desde que esse

necessitasse, de acordo com o art.7º da referida Lei: “Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos”.

Porém, a partir do Código Civil de 2002 direito a alimentos passou a ser tratado de maneira específica em seu art.1.694 e seguintes, trazendo a possível hipótese dos companheiros requererem a prestação de alimentos aos seus ex companheiros quando deles necessitassem, conforme se extrai do texto legal supra: “art.1.694. Podem os parentes, os cônjuges, ou companheiros pedir uns aos outros alimentos de que necessite para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.”

Assim, este direito provém da obrigatoriedade dos companheiros se ajudarem após a rescisão do contrato, com a condição de que o alimentando não constitua uma nova relação ou até mesmo venha a contrair um casamento, conforme leciona Venosa (2005, p.413):

Extinguir-se-á a obrigação de alimentar se o companheiro une-se a outra pessoa. Da mesma forma que no casamento, não sendo os conviventes parentes, pode haver renúncia aos alimentos no desfazimento dessa sociedade.

É neste mesmo toar que o art. 1.695 do Código Civil vigente prevê:

Art.1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem alimentos suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

É possível perceber que seu objetivo é de fixar alimentos com base na necessidade do alimentado e da condição econômica de quem fornece os alimentos, ou seja, esse direito será fixado proporcionalmente na medida em que o alimentado precise ao passo que o alimentante possa suprir tal necessidade.

De igual modo, caso ocorra de o companheiro que foi responsável pela rescisão da união tenha a necessidade da concessão de tal direito, o outro companheiro será obrigado a prestar alimentos necessários a sua sobrevivência.

É neste sentido que o Código Civil de 2002 no seu art.1.707 preceitua a impossibilidade de renunciar este direito, conforme se observa da leitura do artigo acima mencionado: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito suscetível de cessão, compensação ou penhora”.

Ainda neste mesmo diapasão o art. 1.708 do mesmo diploma legal aduz: “Com o casamento, a união estável ou concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos”. Ou seja, ao passo que uma nova relação é constituída pelo alimentado é finda a obrigação de prestar alimentos pelo alimentante.

Outro direito decorrente da união estável é o da guarda dos filhos, prevista no art.1.724 que afirma: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação”, não há qualquer menção específica para a guarda exceto este acima transcrito.

Tendo em vista que a união estável não é um simples relacionamento e sim uma união entre pessoas com o objetivo de constituir uma família, o direito a guarda dos filhos é um direito de suma importância uma vez que, caso nasça uma criança decorrente desse relacionamento este tema, guarda, será necessariamente aplicado quando da provável dissolução da união estável.

Uma vez equiparada ao casamento, a união estável e não ter a legislação cível tratado sobre o tema em relação a união estável, o seus efeitos com relação a guarda devem ser os mesmos aplicados para o matrimônio.

De igual maneira ao casamento, por consequência do fim da união estável, deve-se levar em consideração os direitos dos filhos e não os dos pais.

Tal entendimento já havia sido previsto na Lei 6.515/77, a Lei do Divórcio, mais especificamente no seu art. 13: “Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.”, ou seja, pode o juiz regular dos filhos levando em consideração os interesses destes, sendo tal juízo mantido e corroborado pelo Código Civil de 2002 em seu art. 1.586.

Neste mesmo toar o Código Civil vigente em seus artigos 1.583 e seguintes, onde o §5º do art. 1.584 aduz: “Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob

a guarda do pai e da mãe, deferirá à guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade”.

Com isto, percebe-se que o Código Civil tem o objetivo de proteger os direitos dos filhos advindos da união estável, e não havendo um acordo que estabeleça quem irá ficar com a guarda dos filhos, esta será prestada por quem poderá melhor exercê-la. Dessa forma, o direito à guarda não faz coisa julgada e quando houver necessidade de mudanças que beneficiem a criança, poderá ser revisada.

Importante salientar que com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, a convivência dos menores com os pais é visto como um direito inalienável que contribui fortemente para o desenvolvimento da criança e que a partir disto o Código Civil instituiu o direito de visita ao filho para aquele que não ficou com a guarda do mesmo, conforme preceitua o art. 1.589: “O pai ou a mãe, em cuja a guarda não esteja com os filhos, poderá visita-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”.

Assim, quando houver o desfazimento da união estável, será feito um acordo entre os companheiros para as visitas daquele que não possui a guarda e caso não haja tal acordo o juiz será o responsável por regulamentar as visitas, assim, o direito da convivência entre pais e filhos não será dirimido apenas quando tais visitas forem nocivas aos filhos.

O direito a partilha também está presente no rol dos direitos atinentes aos companheiros. O art. 5º da Lei 9.278/96 prevê:

Artigo 5º. “os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso são considerados frutos dos trabalhos e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.”

Nota-se que foi estabelecida certa comparação dos efeitos da união estável com o regime de comunhão parcial de bens, em que o patrimônio formado pelos companheiros durante a vigência da sociedade conjugal, é partilhado, onde caberá a

metade para cada um dos conviventes porém, com uma condição nos casos em que há um contrato escrito que verse outro modo de partilha.

Com o objetivo de corroborar a intenção do legislador ao longo do tempo, se fez necessário realizar um comparativo com o art. 3º da Lei 8.971/94, o qual prevê que: “Quando os bens deixados pelo autor da herança resultarem de atividade em que haja a colaboração do companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens”.

Com isto, é possível perceber com a evolução deste direito que o legislador tinha como propósito defende-lo, combatendo o enriquecimento ilícito de um dos conviventes em detrimento do outro, com base nos estudos de Silvio Venosa (2005, p.452 e 453).

No entanto, o Código Civil vigente em seu art.1.725 traz a seguinte redação: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

O artigo supra se refere a um contrato que poderá ser realizado entre os conviventes, tal contrato é uma espécie de pacto antenupcial onde é permitido que os companheiros escolham o regime de bens que irá reger esta relação.

4 DIREITO SUCESSÓRIO E A UNIÃO ESTÁVEL

4.1 Conceito de Sucessão

Conforme se infere a partir do vocabulário jurídico de Plácido e Silva (2004, p.1339) sucessão é:

Do latim *successio*, de *succedere* (suceder), em sentido etimológico e amplo, *sucessão*, exprimindo uma relação de ordem, de continuidade, ou uma sequência de fatos ou de coisas, define o que se segue, o que vem para colocar-se em lugar de qualquer outra coisa, ou que vem em certa ordem, ou em certo tempo.

E finaliza o conceito de sucessão, afirmando que:

E assim, sucessão pode definir-se como a transmissão de bens e de direitos de uma pessoa a outra, em virtude da qual esta última, assumindo a propriedade dos mesmos bens e direitos, pode usufruí-los dispô-los e exercitá-los em seu próprio nome. Em sentido estrito, porém, e em significação mais técnica, sucessão é a transmissão de bens e de direitos, a uma ou mais pessoas vivas, integrantes de um patrimônio deixado por uma pessoa falecida.

De outra banda, o autor Silvio Rodrigues (2002, p.03) afirma que o instituto da sucessão é:

A ideia de sucessão, sugere, genericamente, a de transmissão de bens, pois implica a existência de um adquirente de valores, que substitui o antigo titular. Assim, em tese, a sucessão pode operar-se a título gratuito ou oneroso, *inter vivos* ou *causa mortis*. Todavia, quando se fala em direito das sucessões entende-se apenas a transmissão em decorrência da morte, excluindo-se, portanto, do alcance da expressão, a transmissão de bens por ato de *inter vivos*.

Ainda sobre o instituto supracitado, o doutrinador Venosa (2004, p.15) afirma como sendo sucessão:

Quando se fala, no direito, em direito das sucessões, está-se tratando de um campo específico do direito civil: a transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte. É o direito hereditário, que se distingue do sentido lato da palavra sucessão, que se aplica também à sucessão entre vivos.

Frente a estes conceitos, é possível concluir que sucessão é o ato de troca de uma pessoa, já o direito sucessório é instituto que regulamenta a transferência patrimonial de uma pessoa quando esta falece, em que se atribuiu aos herdeiros os bens deixados em testamento ou de acordo com a lei.

Assim, quando o autor da herança falece, haverá outra pessoa, o sucessor, que passará a ocupar o lugar do falecido, recebendo o seu patrimônio em sua totalidade, inclusive as suas dívidas. Este montante, formado pelo patrimônio e pelas dívidas é denominado espólio.

Porém é importante esclarecer que alguns dos direitos e obrigações do autor da herança em razão de serem personalíssimos não poderá ser transmitidos para o sucessor, a exemplo do direito de guarda.

Com o falecimento do autor da herança, a herança é transmitida de imediato para os herdeiros, conforme preconiza o art. 1.784: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

O artigo acima advém do princípio de saisine, cujo qual, aduz que quando da morte de alguém, a sucessão deverá ser aberta, para que, haja automaticamente a transmissão da herança aos herdeiros legítimos e testamentários, ou seja, assim que acontece a morte, a sucessão é aberta e surgem os direitos sucessórios. A essa abertura pode se dar o nome de devolução sucessória.

4.2 Espécies de Sucessores

Existem, na legislação pátria, dois tipos de sucessores, quais sejam: os herdeiros legítimos que são aqueles indicados por vocação hereditária e os herdeiros testamentários que são os herdeiros indicados em testamento.

Os herdeiros legítimos recebem o patrimônio através da lei ou por força dela, ou seja, são aqueles herdeiros elencados nos artigos 1.829 e 1.790, estes com relação aos conviventes, do Código Civil vigente e que portanto, recebem o bem como um todo onde cada um dos herdeiros terá a sua parte.

Importante salientar, que os herdeiros necessários derivam dos herdeiros legítimos, porém, não todos, uma vez que os que estão previstos no art. 1.790, que

são os companheiros, não são tidos como herdeiros necessários, muito embora sejam considerados herdeiros legítimos.

Contudo, essa problemática de considerar os companheiros como sendo herdeiros legítimos porém, não necessários, não é uma assertiva pacífica pois, doutrinadores a exemplo de Maria Berenice Dias e Caio Mário da Silva Pereira defendem a tese de que os companheiros devam ser considerados herdeiros necessários e com isso, passem a ter direito sobre a legítima porém, de outra banda a corrente doutrinária majoritária defende que os companheiros são herdeiros facultativos, de acordo com os ensinamentos de Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2008, p.271)

À vista disso, caso o falecido deixe herdeiros necessários, não poderá dispor de mais da metade de seu patrimônio deixado, uma vez que cinquenta por cento do patrimônio pertence aos herdeiros necessários, de acordo com os artigos 1.789 e 1.846 do Código Civil atual.

Uma vez estabelecida a divisão, é necessário seguir o que estabelece o art.1.847 do diploma supra, com relação a legítima.

De igual modo, derivam os herdeiros facultativos, aqueles colaterais até o quarto grau como também o companheiro sobrevivente, situação também não pacífica com relação a este último, como já dito, estes podem ser excluídos pela vontade do *de cuius* nos casos em que este dispõe de todo o seu patrimônio, porém não indica nenhum destes.

Neste sentido é que Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2008, p. 270) afirmam:

Diferenciando as classes de herdeiros quanto aos efeitos, enquanto os herdeiros necessários tem pleno direito à metade dos bens do falecido, só podendo ser delas privados por meio de deserdação, os herdeiros facultativos só herda se não houver ato de última vontade do testador em sentido contrário.

Desta feita, é possível entender que herdeiros legítimos são aqueles que percebem a herança por força de Lei, porém, ao receber esta herança segue-se uma vocação hereditária.

Já os herdeiros necessários, espécie dos legítimos, são os que possuem direito à legítima, ou seja, a metade a metade de toda a herança, disposta no art. 1.845 do Código Civil enquanto os herdeiros facultativos somente poderão herdar bens quando não existir herdeiros necessários e se essa for a vontade do *de cuius*.

Os herdeiros testamentários são aqueles beneficiados pela vontade do falecido. Tal vontade estará descrita expressamente no testamento, documento cujo qual o falecido demonstra a vontade de deixar bens para determinada pessoa.

Dos testamentários derivam o legatário que não pode ser considerado herdeiro em que pese receber um bem, por meio de um testamento, que deve ser discriminado, e é justamente este aspecto que o difere dos outros herdeiros que percebem os bens sem que estes sejam especificados.

Importante lembrar que o legatário não responde por pagamentos de possíveis débitos do espólio, diferentemente do que ocorre com o herdeiro.

Sobre o tema, discorre Gonçalves (2004, p.05-06):

Testamentário ou instituído é o beneficiado pelo testador no ato de última vontade com uma parte ideal do acervo, sem individualização de bens. A pessoa contemplada em testamento com coisa certa e determinada não é herdeiro instituído ou testamentário, mas legatário.

Neste diapasão cabe ressaltar que existem aqueles que podem ser excluídos da sucessão. De acordo com o art. 1.814 do Código Civil, os herdeiros ou legatários que praticarem atos ilícitos ou indignos em desfavor do autor da herança podem ser excluídos da sucessão.

Tal exclusão possui o condão de punir os que iam herdar os bens mas por praticarem atos contra o autor da herança não irá mais receber os bens, tais punições são sanções por deserdação ou indignidade cuja qual possui a finalidade de excluir os que pratica atos desrespeitosos contra o *de cuius*.

Conforme o ensinamento de Washington de Barros Monteiro (2003, p.62):

Indignidade constitui pena civil cominada a herdeiro acusado de atos criminosos ou reprováveis contra o *de cuius*. Com a prática desses atos, incompatibiliza-se ele com a posição de herdeiro, tornando incapaz de suceder.

A deserdação deriva da vontade do falecido em punir quem atentou contra sua liberdade de testar ou até mesmo contra a sua vida porém, tal punição somente ocorre na sucessão testamentária, uma vez que o testamento é o meio legal pelo qual seja demonstrado, expressamente, a vontade do falecido em punir quem o prejudicou.

Essa sanção é serve para retirar os herdeiros necessários da sucessão, sendo a única maneira de retirar destes os seus direitos à sucessão.

Ainda nos ensinamentos do douto Washington Monteiro de Barros (2003, p.62), que discorre sobre o tema:

A pena de indignidade é cominada pela própria lei, nos casos expressos que enumera, ao passo que a deserdação repousa na vontade exclusiva do autor da herança, que impõe ao culpado no ato de última vontade, desde que fundada em motivo legal. A primeira, portanto, é peculiar à sucessão legítima, embora possa também alcançar o legatário (art.1814), enquanto a segunda só se verifica na sucessão testamentária.

Assim, da mesma forma que os herdeiros e legatários possuem o direito de obter a herança, também podem ser excluídos dela, caso, como dito, tentem desferir atos indignos contra o autor da herança.

4.3 A Tutela dada aos Companheiros pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96

Com o reconhecimento da união estável como sendo um modelo familiar, tornou-se necessário regulamentar os direitos dos conviventes com relação ao seu direito sucessório, uma vez que antes do reconhecimento acima mencionado esse direito não existia.

Assim, surgiu a Lei 8.972/94 que cuida dos direitos relativos a sucessão dos companheiros em seu art. 1º:

Artigo 1º. A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do dispositivo da Lei 5.478/68, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

De igual modo, o legislador, no artigo 2º concedeu ao companheiro sobrevivente o direito de usufruto concomitantemente com os descendentes e ascendentes como também o direito a integralidade de bens quando não estes não existirem, atribuindo, ainda, o direito a meação dos bens, no artigo seguinte, nos casos em que os bens deixados pelo falecido for fruto da ajuda de ambos os companheiros. (disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=435>).

Assim sendo, percebe-se que o legislador ao cuidar da sucessão dos companheiros baseou-se nos direitos sucessórios conferidos aos cônjuges.

Com isso, a legislação objetivando conferir uma maior proteção aos companheiros, observou que os direitos advindos da Lei 8.971/94 foram dispostos de uma maneira relativamente breve, surgindo, assim, a necessidade que surgisse uma nova lei que pudesse complementar a lei anterior.

Eis, então que surge a Lei 9.278/96 incluindo o direito real de habitação no imóvel ora destinado à residência dos companheiros, tal direito está previsto no parágrafo único do art. 7º que afirma:

Artigo 7º. Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Logo, é notória a importância destas leis para corroborar os direitos dos companheiros e surgimento do direito à sucessão destes, bem como o conferindo-lhes direito ao usufruto dos bens do falecido concorrendo com os ascendentes e descendentes como também ao direito real de habitação. (Flávio Tartuce e José Fernando Simão, 2008, p. 213).

4.4 Direito Sucessório dos Companheiros no Código Civil

Com o surgimento do Código Civil de 2002 o direito à sucessão dos companheiros passou a ser regulamentado, uma vez que estes passaram ser considerados, assim como os cônjuges, como unidade de família.

Porém o aludido diploma legal não tratou com equidade o direito sucessório dos companheiros muito menos fixou o único dispositivo que trata do assunto em lugar ideal, uma vez que tal dispositivo fora disposto em juntamente com as disposições gerais da sucessão, uma vez que o correto seria colocá-lo no título que cuida da vocação hereditária como foi feito com os cônjuges. (Flávio Tartuce e José Fernando Simão, 2008, p. 216).

O Código Civil vigente tratou tais direitos apenas no art. 1.790, que estabelece:

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

I – se concorrer com os 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.

Como exposto acima, o dispositivo que trata da sucessão dos companheiros foi colocado de maneira equivocada no capítulo das disposições gerais, visto que não trata destas disposições, logo deveria ter sido disposto, tais direitos, na ordem de vocação hereditária uma vez que este o assunto tratado no art. 1790.

É importante ressaltar a concorrência que os conviventes fazem com as pessoas expostas no art. 1.790 para que haja uma total compreensão acerca da sucessão dos companheiros.

De acordo com o inciso I do artigo supra, “se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho”, ou seja, quando o convivente viúvo concorrer com seus próprios filhos, a herança terá que ser dividida em partes iguais e o companheiro deve ser incluído nesta divisão, para que haja a perfeita aplicação do que aduz o referido inciso.

Segundo Venosa (2004, p. 127), “fica inexplicável que o dispositivo diga que essa quota parte será igual à que cabe por lei aos filhos, pois não há herança que possa ser atribuída sem lei que o permite”.

Para Zeno Veloso (2003, p. 288) “para a situação ficar ainda mais confusa e dramática, pode o companheiro ficar em situação mais favorável, na sucessão hereditária, que o cônjuge sobrevivente”.

É justamente o caso do inciso acima tratado, vez que o convivente concorrerá com filhos comuns, passando a ter uma quota equivalente ao do descendente, já que o cônjuge, a teor do art. 1.829, I, não possuirá direito de concorrer com os filhos quando não forem casados sob o regime de comunhão universal ou de separação obrigatória como também se casado sob o regime de comunhão parcial e o companheiro falecido não deixar nenhum bem particular.

O inciso II aduz que “se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles”. Tal inciso quando se refere a metade do que cabe aos filhos só do autor, é necessário entender que essa metade é referida aos bens onerosos advindos na vigência da união estável, onde os descendentes receberão a herança com proporção dois e o convivente na proporção um.

Sobre o tema, discorre Flávio Tartuce e José Fernando Simão: (2008, p. 226)

A interpretação que se pode dar ao inciso II do artigo 1.790 é de que o companheiro sobrevivente, concorrendo apenas com o filho do sucedido, receberá metade do que cada qual dos filhos vier a levantar. Se a cada filho cabe R\$1.000,000 não importando o número de filhos, ao companheiro serão entregues R\$ 500,00.

Importante salientar acerca da concorrência nos casos em que houver descendentes comuns do casal e filhos apenas do autor da herança, uma vez que tal posição não fora tratada no artigo mencionado.

Com relação a este tema, existem três correntes doutrinárias, conforme aduz Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2008, p. 227), porém duas se ressaltam e será analisada no presente trabalho.

A primeira corrente, majoritária, agasalha uma hipótese mais benéfica para o convivente, em relação ao descendente, onde receberá uma quota idêntica a dos

filhos de acordo com o inciso I do art. 1.790, tal tese é amparada por Venosa (2007, p.127) que aduz:

No entanto, se houver filhos comuns com o de cujus e filhos somente deste concorrendo à herança, a solução é dividi-la igualmente, incluindo o companheiro e companheira. Essa conclusão deflui da junção de dois incisos, pois não há que se admitir outra solução, uma vez que os filhos, não importando a origem, possuem todos os mesmo direitos hereditários.

A segunda corrente tem por objetivo tutelar os descendentes, onde seria aplicada a norma prevista no inciso II do art. 1.790 do Código Civil, cujo qual estabelece que o companheiro somente tem direito à metade do patrimônio estabelecido para cada descendente.

À vista disso, esta corrente defendida por Maria Helena Diniz, confere privilégios aos descendentes, caso o companheiro recebesse igual quota, quando falecesse, os bens por ele adquiridos somente serão devolvidos aos seus descendentes exclusivos. (Flávio Tartuce e José Fernando Simão, 2008, p. 228).

Sobre o inciso III que tem a seguinte redação: “se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança” de igual forma é necessário abranger quando se faz menção a “outros parentes sucessíveis”, os filhos do *de cujus* e os colaterais até o quarto grau, onde irão concorrer com o convivente vivo, o qual terá direito a 1/3 de todos os bens onerosos constituídos na vigência da união estável.

Assim, fica demonstrado que o companheiro ficou em posição inferior, embora este possua mais afetividade com o falecido, enquanto por outro lado, os parentes sucessíveis não possuem, via de regra, tanta proximidade afetiva quanto o companheiro vivo. O que importa em um retrocesso, uma vez que a Lei 8.971/94 passou a garantir a totalidade da herança na hipótese de não haver descendentes nem ascendentes.

É neste mesmo sentido que Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2008, p. 235), tratam:

Imaginar que um sobrinho do morto, um primo-irmão ou um tio-avô terão mais direitos que um companheiro de uma vida causa um certo espanto. Nota-se que, diversamente do que ocorre com o cônjuge supérsiste, que herda a herança como um todo, havendo apenas

parentes colaterais até 4º grau, o companheiro sobrevivente concorrerá e dividirá a herança com estes.

Por fim, a única previsão em que o companheiro vivo tem direito à integralidade da herança, a teor do inciso IV “não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”, contudo, é imperioso destacar que essa integralidade dos bens que o convivente irá receber é tão somente aos bens onerosos.

É neste sentido que Zeno Veloso (2003, p. 289) leciona:

Mesmo no caso extremo de o falecido não ter parentes sucessíveis, cumprindo-se a determinação do caput do artigo 1790, o companheiro sobrevivente só vai herdar os bens que tiverem sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Se o de cujus possuía outros bens, adquiridos antes de iniciar a convivência ou depois, se a título gratuito, e não podendo esses bens integrar a herança do companheiro sobrevivente, passarão para o Município ou para o Distrito Federal.

4.5 Direito Sucessório dos Companheiros sob a Ótica Constitucional

Com relação à ótica constitucional desses direitos, existe duas correntes doutrinárias, onde uma reza pela constitucionalidade e a outra pela inconstitucionalidade de tais direitos.

A primeira corrente defende a constitucionalidade de se atribuir mais direitos aos cônjuges em detrimento dos companheiros tendo em vista que a Carta Magna de 1988 ao citar a expressão “facilitar a sua conversão em casamento”, disposta no art. 226, § 3º deste diploma legal coloca o casamento em um patamar maior que a união estável, ou seja, para os doutrinadores que acompanham esta corrente é plenamente constitucional beneficiar os cônjuges em desfavor dos companheiros uma vez que a própria Lei Maior coloca o matrimônio como sendo uma unidade familiar superior a união estável.

Contudo, a segunda corrente preza pela inconstitucionalidade do Código Civil em seu art. 1.790 ao oferecer tratamento díspares em relação aos cônjuges uma vez que a união estável também é um modelo de formação familiar e merece a mesma tutela estatal.

Assim, esta segunda corrente afirma que todas as unidades familiares possuem o dever de desenvolver personalidade dos membros que a compõem, não podendo conceber que o casamento seja posto em um patamar mais importante que as outras unidades familiares.

É possível perceber que a Constituição Federal ao dispor em seu art. 226, §3º é uma unidade de família exatamente igual ao casamento, devendo, assim, receber especial tratamento e tutela do Estado, resta por cumprir, também o que aduz o art. 5º da Lei Maior em que afirma que todos são iguais perante a lei, preservando, desta feita, o princípio da igualdade, e portanto, é cabível doar igual tratamento para os companheiros e para os cônjuges uma vez que estes são membros de um mesmo instituto, qual seja, família.

Assim sendo, nota-se que a Constituição Federal ao afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental à sociedade, espera-se, portanto, que não haja diferenciações quanto ao casamento e a união estável.

Contudo, nota-se que não foi esse o caminho seguido pelo Código Civil uma vez que regulamentou o tratamento diferenciado para os cônjuges e companheiros.

Assim, cabe salientar, outra vez, mais uma disparidade nos tratamentos dados aos cônjuges e aos conviventes quando o Código Civil tratou os direitos sucessórios dos companheiros em local inapropriado e tão somente em um único dispositivo, diferentemente dos cônjuges que foram tratados com mais cuidado pelo legislador o que restou na mais transparente hostilidade com os companheiros.

Sobre o tema, Zeno Veloso (2003, p. 287) afirma:

Restringir a incidência do direito sucessório do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente pelo de cujus na vigência da união estável, não tem nenhuma razão, não tem lógica alguma, e quebra todo o sistema, podendo gerar consequências extremamente injustas.

Mais uma inconstitucionalidade flagrante no Código Civil atual é com relação ao direito real de habitação, uma vez que este fora retirado do art. 7º, §único da Lei 9.278/96 e não foi tratado no dispositivo que cuida da sucessão dos companheiros, onde estes não terão este direito, diferentemente do cônjuge, cujo direito real de habitação está previsto no art. 1.831 do Código Civil de 2002.

Neste diapasão é necessário demonstrar mais uma vez as disparidades contidas no art.1.790 que logo em seu inciso I trata o companheiro de forma mais benéfica em relação ao cônjuge (art. 1.829, I) uma vez que limita o cônjuge quanto ao regime de bens escolhidos pelos casal, assim, acontecerá casos em que este não irá concorrer com seus filhos tampouco irá participar da sucessão do falecido.

Desta feita, nota-se que o convivente está em uma situação melhor que o cônjuge pois a limitação acima descrita não lhe fora imposta.

Outra situação que pode prejudicar os companheiros e que não foi colocada pelo Código Civil de 2002 é com relação à filiação híbrida, nos casos de concorrência dos filhos advindos da união com o companheiro sobrevivente, com filhos exclusivos do falecido pois, segundo Zeno Veloso (2003, p. 288) “não há fórmula matemática ou jurídica que consiga conciliar ou compor, satisfatoriamente, os incisos I e II do artigo 1790, e, enquanto este malsinado dispositivo não for reformado, as questões práticas surgirão.”

No inciso III o convivente é tratado de maneira diferente do cônjuge pois, concorre com parentes sucessíveis e passará a ter direito apenas a terça parte dos bens onerosos o que demonstra total indiferença do legislador para com os companheiros.

Outra irregularidade, por fim, trazida pelo Código Civil de 2002 está presente no inciso IV do art. 1.790 onde é possível observar que o companheiro vivo foi tratado com tamanha inferioridade, vez que somente terá direito à integralidade dos bens nos casos em que não há parentes sucessíveis e mais uma vez, cabe frisar, somente os bens onerosos, isso quer dizer que se o companheiro vivo no construiu nenhum bem na vigência da união e o *de cujus* possuía bens antes da união estável, será visto como herança jacente vez que não fora encontrado nenhum herdeiro, o que, por consequência, a torna vacante e devidamente deferida ao ente público a ser designado por lei. (Flávio Tartuce e José Fernando Simão, 2008, p.99)

Sobre o tema Flávio Tartuce e José Simão (2008, p. 220) dispõe:

Fica a conclusão de que com relação à sucessão do companheiro a regra será a seguinte: quanto os bens em que há meação, o companheiro também será herdeiro. Sobre os bens em que não há meação, o companheiro também não terá direitos sucessórios.

Deste mesma concepção compartilha Zeno Veloso (2003, p. 293):

Neste tempo em que vivemos a concepção de família está se contraindo, para compreender, praticamente, o homem, a mulher e os filhos, vivendo no lar conjugal ou no lar doméstico. A família, hoje, é muito diferente da família patriarcal. É menor, menos hierarquizada. Fala-se em família nuclear, na qual predominam os laços de afetividade e os princípios da liberdade e da igualdade. O legislador não pode dar as costas para este fato social.

Assim, frente a tamanha desigualdades e inconstitucionalidades, aqui demonstrados é de concordar que a posição mais coerente é pela inconstitucionalidade do art. 1.790 bem como entender que se faz necessária alguma alterações no Código Civil vigente por este código infringir a tantos preceitos e princípios contidos na Constituição Federal.

5. CONCLUSÃO

Ao concluir este trabalho não se pode deixar de reconhecer o tratamento diferenciado dado pelo Código Civil de 2002 à união estável, como unidade familiar reconhecida e tutelada pela Carta Magna, considerando os empecilhos impostos para que se alcance os direitos relativos a sucessão do companheiro quando comparados aos cônjuges.

O problema ganha maior relevância ao se deparar com o retrocesso com o advento no novo diploma, em relação ao que está disposto no art. 226, §3º da Carta Magna, como também nas leis anteriores reguladoras dos direitos do convivente, membro central da união estável como sendo uma entidade familiar.

O novo Código, trouxe algumas alterações positivas em relação ao convivente, porém, acarretou também mudanças negativas ao passo que diferencia o companheiro do cônjuge no âmbito sucessório, sobretudo a equidade já havia sido disposta no art. 226 § 3º da Constituição Federal de 1988 e pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96.

As divergências na doutrina e jurisprudências acerca da aplicabilidade do artigo 1.790 do Código Civil consistem na interpretação acerca da igualdade que existe entre o matrimônio e a união estável.

O tratamento dado ao companheiro pelo Código Civil de 2002, especificamente, no artigo 1.790 que impõe limites aos direitos sucessório, incorre na inconstitucionalidade, na medida em que também fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia quando desconsidera a hipótese de ser a união estável um modelo de entidade familiar, conforme se depreende da Constituição Federal de 1988.

A doutrina é praticamente uníssona no sentido de que o direito à sucessão dos companheiros são discriminatórios e passíveis de um provável exame difuso a ser feito pelos Tribunais, no enfrentamento de casos reais e concretos, enquanto as normas vigentes não forem alteradas.

O artigo 1.790 do Código Civil, conforme a maioria dos estudiosos do tema, é deficiente e conduz o operador do direito ao engano, provocando, necessariamente,

o comparativo entre os artigos 1.790 e 1.829, ambos do Código Civil de 2002, onde se é possível constatar que:

- a) Que a sucessão pelo cônjuge e pelo companheiro, ocorre em distintas quotas de herança, ficando a sucessão do companheiro limitada aos bens que foram adquiridos de maneira onerosa durante a vigência da união, enquanto de outra banda o cônjuge participa dos bens particulares do *de cuius*;
- b) Que na falta de outros herdeiros, o cônjuge é o terceiro na linha sucessória, percebendo a integralidade de bens deixados pelo falecido (art. 1.892, III, Código Civil), enquanto o convivente é preterido pelos colaterais, somente herdando a integralidade, na ocorrência de sua inexistência (art.1.790, IV, Código Civil);
- c) O cônjuge tem tutelado o direito real de habitação, art. 1.831 Código Civil, enquanto o companheiro fica à mercê dos Tribunais e suas interpretações;

Para a doutrina, é perceptível a afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana, art.1º da Carta Magna, como também ao Princípio da Igualdade, art. 226, §3º do mesmo diploma legal, que assegura o tratamento equiparado da união estável quando comparado ao casamento, não podendo o Código Civil vigente estabelecer diferenciações para estes dois institutos.

A jurisprudência, por sua vez, para suprir a lacuna legislativa, vem, majoritariamente, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil 2002, com abrangência a todos os seus incisos com o fundamento de que Carta Magna doa tratamento único aos cônjuges e conviventes inclusive, a legislação que regulamentavam a união estável antes do Código Civil sob pena de incorrer em desrespeitosa diferenciação.

Conforme a melhor doutrina, os diferentes entendimentos dos julgados demonstra o sistema conturbado do Brasil, no tocante aos direitos sucessórios dos companheiros.

O Poder Legislativo, em que pese ser provocado, pouco faz. Existem vários Projetos de Lei em exame, inclusive com propostas para solucionar definitivamente desse problema que é a sucessão do companheiro na união estável.

Em dezembro de 2010 a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei nº 285/2007 denominado Estatuto das Famílias que, em que pese o alarde dos estudiosos do tema a esse respeito, nada se reporta ao problema dos direitos sucessórios dos companheiros da união estável, até porque o Projeto trata, apenas, das relações jurídicas em vida, não abrangendo, assim, as sucessões.

A inércia do legislativo na discussão do problema, deve-se ao alto custo político desta decisão e com a repercussão junto à comunidade católica.

O Judiciário por meio do Supremo Tribunal Federal – STF, no dia 05 de maio de 2011, numa corajosa decisão acaba, definitivamente, com a discussão a respeito da União Homoafetiva, ao apreciar a ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 4277 e a Arguição de Preceito Fundamental nº 132, o Plenário daquela Corte aprovou por unanimidade, reconhecendo a união entre pessoas do mesmo sexo como sendo uma união estável dentro dos moldes previsto na Constituição Federal e com isso, conseqüentemente, essa nova união homoafetiva uma nova entidade familiar.

Com as decisões acima demonstra-se que a legislação vem paulatinamente evoluindo e trazendo mudanças que tornem a vida social e jurídica dos companheiros mais digna e igualitária quando comparadas aos cônjuges, de certo que há alguns pontos que necessitam ser urgentemente modificados por serem um retrocesso legal para os companheiros, porém, há de se notar que alguns avanços foram conquistados.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Águida Arruda. Conceito pós moderno de família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.) *et al* **Direito de família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 21-30

BRASIL. Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002). **Vade Mecum Universitário**. 3 Ed. São Paulo: RT, 2011.

CAHALI, José Francisco. Sucessão na união estável. IN: HINORAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes; MENIN, Márcia Maria (Coord.) *et al*: **Direito das sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 122-152.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007.

CASSETARI, Christiano. Sucessão legítima. In: HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MENIN, Márcia Maria (Coord.) *et al*: **Direito das sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 94-116.

CRETELLA JUNIOR, J. Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil. V. 5. **Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Euclides Benedito. **União estável, do concubinato ao casamento: antes e depois do Código Civil**. São Paulo: Método, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O novo divórcio. Boletim IBDFAM. Ano 10. N. 64. Agosto 2010.

TARTUCE, Flávio **Argumentos constitucionais pelo fim da separação de direito**. Disponível em <<http://ibdfam.org.br>>. Acesso em 10 out. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. V. 6: Direito das sucessões, São Paulo: Método, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: renovar, 1999.

VELOSO, Zeno. **Do direito sucessório dos companheiros**, in Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.), *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Direito Civil**: V. 6. Direito de família. São Paulo: Atlas, 2005.

VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Direito Civil: direito das sucessões**. V. 7 – 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnold; FABRIGAS, Luiz Murilo; FONSECA, Priscila M. P. Correa da. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ANEXO A – LEI Nº 8.971, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1994.

Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 29 de dezembro de 1994; 173º da Independência e 106º da República.

ITAMAR FRANCO

Alexandre de Paula Dupeyrat Martins

Este texto não substitui o publicado no DOU de 30.12.1994

ANEXO B - LEI Nº 9.278, DE 10 DE MAIO DE 1996.

Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes:

I - respeito e consideração mútuos;

II - assistência moral e material recíproca;

III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Art. 3º (VETADO)

Art. 4º (VETADO)

Art. 5º 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.

§ 1º Cessa a presunção do **caput** deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Art. 6º (VETADO)

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Art. 8º Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

Art. 9º Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

Art. 10. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 11. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 10 de maio de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Milton Seligman

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 13.5.1996

