

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Larissa Mattiello de Oliveira Brito

**A TUTELA SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO: UM ESTUDO SOBRE A
INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL**

Porto Alegre
2012

LARISSA MATTIELLO DE OLIVEIRA BRITO

**A TUTELA SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO: UM ESTUDO SOBRE A
INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais

**Orientador: Prof. Jamil Andraus Hanna
Bannura**

Porto Alegre
2012

LARISSA MATTIELLO DE OLIVEIRA BRITO

**A TUTELA SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO: UM ESTUDO SOBRE A
INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais

Aprovado pela Banca Examinadora em:

Banca Examinadora:

Prof. Jamil Andraus Hanna Bannura
Orientador

Prof. Dr. Fabiano Menke

Prof. Sérgio Augusto Pereira de Borja

RESUMO

O presente trabalho de conclusão tem por objetivo analisar a forma como é tratada a sucessão do companheiro no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, em um primeiro momento, será estudada a situação jurídica da união estável após o seu reconhecimento, pela Constituição Federal de 1988, como entidade formadora de família, dando ênfase à questão da equiparação de seus efeitos àqueles atribuídos ao casamento. Posteriormente, será realizada uma análise comparativa acerca do regramento sucessório conferido ao cônjuge e ao companheiro pelo Código Civil de 2002, bem como pelas Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996, quando se demonstrará a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, por estar completamente dissociado dos princípios constitucionais que regem o Direito de Família e, por consequência, o Direito das Sucessões.

Palavras-chave: União Estável. Equiparação. Casamento. Sucessão. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This graduation thesis intends to analyze the way that the succession is approached in Brazilian legal system. Therefore, at first, the stable union juridical situation, after its recognition by the Constituição Federal of 1988, will be studied as an entity that configure a Family, emphasizing the matter of equiparation of its effects as those attributed to marriage. Later on, a comparative analysis will be done between the ruling on inheritance given to the spouse and companion by the Civil Code of 2002 and by Act. n. 8.971/1994 and 9.278/1996. At this point the unconstitutionality of the art. 1.790 from the Civil Code will be demonstrated, pointing that it is completely disassociated from the principles that rule Family Law and, therefore, Succession Law.

Key-Words: Stable Union. Equiparation. Marriage. Inheritance. Unconstitutionality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	6
2	O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR.....	15
2.1	O CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL.....	15
2.2	OS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL.....	20
2.2.1	Coabitação.....	22
2.2.2	Publicidade.....	25
2.2.3	Continuidade.....	26
2.2.4	Durabilidade.....	27
2.2.5	Intuito de constituir família.....	30
2.2.6	Diversidade de sexos.....	31
2.2.7	Impedimentos matrimoniais.....	33
2.3	A EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO.....	36
2.4	OS DIREITOS ASSEGURADOS AO COMPANHEIRO NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA E NA LEGISLAÇÃO ESPARSA.....	43
3	O TRATAMENTO DESIGUAL DISPENSADO AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO.....	50
3.1	O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE.....	50
3.2	O DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO.....	67
3.3	A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	78
4	CONCLUSÃO.....	87
	REFERÊNCIAS.....	91

1 INTRODUÇÃO

A família tradicional do século passado caracterizava-se por ser uma família de contornos patriarcais e hierarquizada e cujo reconhecimento jurídico se dava exclusivamente por meio do matrimônio. Era uma família extensiva, integrada por todos os parentes e composta por muitos filhos, os quais serviam como força de trabalho necessária à subsistência da unidade de produção. Era uma família de caráter patrimonial, que buscava, acima de tudo, a manutenção de um patrimônio.

A partir das transformações operadas durante o século XX, o modelo de família tradicional passa a se tornar incompatível com os anseios da sociedade. Assim, começa a surgir o processo de valorização das relações constituídas com base no afeto, em detrimento do modelo autoritário de família que antes vigia.

Com o início da Revolução Industrial e a necessidade da busca de empregos nas indústrias, evidenciou-se o deslocamento das famílias dos campos para os grandes centros industriais, que culminou no processo de redução do número de pessoas que integravam o grupo familiar. Assim, a família, que primitivamente era considerada a união de pessoas ligadas pelos laços de sangue e oriunda de um tronco ancestral comum¹, restringiu-se aos pais e filhos, tornando-se uma família nuclear.

Maria Berenice Dias² assevera que esse processo de migração das famílias do meio rural para as grandes cidades e a necessidade da convivência familiar em pequenos espaços deram margem ao estreitamento das relações familiares, desencadeando no maior prestígio do vínculo afetivo que envolvia seus membros.

Neste cenário, constata-se que a urbanização e, sobretudo o êxodo rural das famílias, acabaram sendo fatores propulsores da integração entre pais e filhos e do florescimento do afeto nas relações familiares. Neste sentido, são elucidativas as palavras de Silvana Carbonera:

Com o processo de urbanização, costumes foram sendo substituídos: a grande prole deu lugar a um número cada vez mais reduzido de filhos, houve a possibilidade de maior convívio entre estes e os pais, dando margem a um relacionamento mais próximo, pautado na preocupação de um membro da família com os demais, permitindo a abertura de espaço para o afeto, bem como indicando um início de modificação no modelo tradicional. Desta forma, o enxugamento da família acabou

¹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 5

² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 28.

contribuindo para que ela pudesse se tornar uma comunidade mais coesa, com maior proximidade entre seus membros³.

Para José Sebastião de Oliveira⁴, a redução da família justifica-se também pela crescente preocupação dos pais em proporcionar uma melhor qualidade de vida aos filhos, dando-lhes condições de amadurecimento social e intelectual, os quais exigiam um esforço financeiro que, nas grandes famílias, eram inconcebíveis. Do mesmo modo, também a conscientização de que uma família menor poderia proporcionar maior interação entre seus membros e o conseqüente fortalecimento dos laços afetivos que importam na felicidade do grupo familiar, foram elementos essenciais para o desencadeamento do processo de nuclearização da família brasileira.

Além da urbanização acelerada do século passado, outro fator que fortemente contribuiu para a decadência da família fundada no modelo patriarcal foi a emancipação feminina, sobretudo no âmbito econômico e profissional⁵. A mulher, que antes trabalhava nas lides domésticas, passou a expandir seus horizontes, ingressando no mercado de trabalho e atuando, de maneira mais enfática, no campo social, jurídico e político⁶. Essa revolução deu fim à hierarquização existente na família tradicional, pois contribuiu para que a esposa deixasse de ocupar uma posição de inferioridade dentro do grupo familiar e assumisse, ao lado do marido, a direção da família.

Para Giselda Hironaka, “a independência econômica da mulher fez erguer-se, na foto, sair de trás do patriarca, levantar os olhos confiantes de quem, ao lado de seu parceiro de vida, organiza e administra a estrutura familiar⁷”.

No escólio de Rodrigo da Cunha Pereira:

A suposta superioridade masculina ficou abalada com a reivindicação de um lugar de sujeito para as mulheres, não mais assujeitadas ao pai ou ao marido. A conquista por um “lugar ao sol” das mulheres, isto é, de uma condição de sujeito do próprio desejo, abalou a estrutura e a organização da família. Os papéis masculinos e

³ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 283.

⁴ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 231.

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia>>. Acesso em: 14/07/2012.

⁶ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 284.

⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho. **Direito de Família: diversidade e multidisciplinaridade**. p. 11-26. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2007. p.12.

femininos se misturaram, e tudo está sendo repensado na organização jurídica da família⁸.

Outro fator a considerar nessa evolução da concepção de família, foi a mudança de paradigmas no que diz respeito à igualdade jurídica entre os integrantes da entidade familiar.

A família do início do século XX caracterizava-se por ser estratificada, hierarquizada e funcional, ou seja, cada membro do grupo familiar tinha uma posição e desempenhava uma função pré-estabelecida. No topo dessa pirâmide figurava não o pai, como inicialmente pode-se pensar, mas a própria instituição familiar⁹. Luiz Edson Fachin explica que:

Na verdade, quando a família clássica atribui poderes ao pai, à primeira vista, está colocando a supremacia do homem na relação conjugal. Mas, num segundo momento, verifica-se que o interesse maior a ser tutelado não é o do marido, e sim o da família enquanto instituição¹⁰.

Quanto aos papéis desempenhados, ao chefe da sociedade conjugal cabia a representação da família e a administração de seus bens, ao passo que à esposa cabia administrar o lar e educar a prole. Outrossim, aos filhos cabia a sujeição à autoridade paterna, sem a manifestação de qualquer objeção. A igualdade trazida com os ideais liberais não se verificava, portanto, no âmbito do direito de família, pois, como explica Paulo Luiz Netto Lôbo¹¹, a família estava à margem dos interesses patrimonializantes que determinavam as relações civis.

No entanto, com os movimentos de igualização da mulher e, posteriormente, com a revolução sexual, modificaram-se também os papéis que cada indivíduo exercia dentro da família, os quais passaram a ser atribuídos levando-se em consideração as aptidões individuais de cada membro do grupo¹² e não mais conforme o sexo e a idade de cada um.

Assim sendo, o modelo hierárquico e estratificado da família patriarcal dá lugar, então, à sua democratização, em que os ideais de liberdade e igualdade passam a ser introduzidos no

⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divorcio: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 14.

⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 33

¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 33.

¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia>>. Acesso em: 14/07/2012.

¹¹ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 301.

¹² *Ibidem*, p. 291.

seio familiar¹³. Com efeito, a igualdade passa a figurar como um princípio alicerce da ordem legal, que decorre da própria dignidade da pessoa humana.

Neste cenário, a introdução da igualdade no cerne da família também representou a modificação nas relações entre pais e filhos. O pátrio poder, que se caracterizava pela preponderância da figura paterna diante dos filhos, numa relação de estreita subordinação, dá lugar ao poder familiar, o qual é exercido igualmente pelos pais e expressa uma relação recíproca entre eles e seus filhos.

Essa igualização dos cônjuges na administração da entidade familiar reforça a ideia de que a família é uma célula do companheirismo¹⁴, na medida em que atribui ao casal as mesmas responsabilidades e deveres na educação da prole, bem como na manutenção do vínculo conjugal, desafios estes que devem ser alcançados conjuntamente pelo casal.

Pode-se afirmar, portanto, que a igualdade é uma característica essencial do novo conceito de família, pois ela permite que os integrantes deste organismo social possam se expressar de forma plena, o que, sem dúvidas, foi um fator que favoreceu a consolidação da afetividade.

Dentro dessa nova moldura da família atual, embora todas as características já citadas tenham contribuído fortemente para sua configuração, a transição da pessoa humana para o vértice do ordenamento jurídico¹⁵ e a conseqüente relativização do patrimônio foram as transformações que, de fato, deram os contornos da família atual.

A família patriarcal, fundada no espírito dos ideais liberais e individualistas, assumia um caráter essencialmente patrimonial, pois tinha a propriedade como o valor necessário à realização pessoal dos indivíduos. A família funcionava de modo a garantir o ter em detrimento do ser.

No entanto, com a ascensão do Estado Social, e também em decorrência dos movimentos políticos e sociais experimentados pela sociedade, a supremacia do aspecto patrimonial na relação familiar começa a ser repensada e o indivíduo, que antes ficava em segundo plano, passa a ser o foco das relações, assumindo o papel de verdadeiro sujeito de direitos na comunidade familiar.

¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia>>. Acesso em: 14/07/2012.

¹⁴ ESTROUGO, Mônica Guazelli. O princípio da igualdade aplicado à família. In: DEL' OLMO, Florisbal de Souza; Araújo, Luís Ivani de Amorim (Coord). **Direito de Família contemporâneo e os novos direitos: estudos em homenagem ao professor José Russo**. Rio de Janeiro: Florense, 2006. p. 337.

¹⁵ TEPEDINO, Maria Celina Bodin Moraes. **A caminho de um direito civil constitucional**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>> Acesso em: 16/07/2012.

A família, portanto, se afasta de uma perspectiva institucional para centralizar-se na realização pessoal de seus membros, valorizando a dignidade humana e tendo os integrantes da família no centro da tutela jurídica, antes ofuscada pela primazia dos interesses patrimoniais.

Esse processo de despatrimonialização da família deu azo à livre expressão da afetividade, a qual passou a assumir o papel de garantidora da felicidade e estabilidade do grupo familiar.

Assim o elemento determinante para a constituição e manutenção das famílias não é mais de ordem patrimonial, mas fundado nas relações de afeto, de solidariedade, carinho e compreensão, com vistas à realização pessoal de cada membro da família. Neste sentido, vale transcrever as bem lançadas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁶:

A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que matizaram o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto: a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização.

Estamos diante, portanto, do fenômeno da repersonalização das relações familiares, em que o foco das atenções desloca-se para os indivíduos que compõem a sociedade familiar e não mais para os bens ou coisas que guarnecem a família¹⁷. O interesse a ser tutelado não é mais do grupo organizado como esteio do Estado e o das relações de produção existentes, mas das condições que permitam à pessoa humana realizar-se íntima e afetivamente dentro desse pequeno grupo social¹⁸.

Com efeito, a família-instituição, vista como fonte econômica do Estado, em que seus interesses figuravam acima dos interesses dos indivíduos que a compunham, sai de cena, dando espaço ao surgimento da família-instrumento, a qual existe para assegurar o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, contribuindo para o crescimento e formação da própria sociedade¹⁹.

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia>>. Acesso em: 14/07/2012.

¹⁷ ESTROUGO, Mônica Guazelli. O princípio da igualdade aplicado à família. In: DEL' OLMO, Florisbal de Souza; Araújo, Luís Ivani de Amorim (Coord). **Direito de Família contemporâneo e os novos direitos: estudos em homenagem ao professor José Russo**. Rio de Janeiro: Florense, 2006. p. Pág 331.

¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia>>. Acesso em: 14/07/2012.

¹⁹ ESTROUGO, Mônica Guazelli. O princípio da igualdade aplicado à família. In: DEL' OLMO, Florisbal de Souza; Araújo, Luís Ivani de Amorim (Coord). **Direito de Família contemporâneo e os novos direitos: estudos em homenagem ao professor José Russo**. Rio de Janeiro: Florense, 2006. p. 332.

Naquele ambiente familiar – hierarquizado, patriarcal, matrimonializado, impessoal e, necessariamente, heterossexual – os interesses individuais cediam espaço à manutenção do vínculo conjugal, pois a desestruturação familiar significava, em última análise, a desestruturação da própria sociedade. Sacrificava-se a felicidade pessoal em nome da manutenção da “família estatal”, ainda que com prejuízo à formação das crianças e adolescentes e da violação da dignidade dos cônjuges. [...] Com as mudanças sociais e todo avanço da contemporaneidade, a família passou a ser encarada com nova feição. Sem dúvida, hoje a família é núcleo descentralizado, igualitário, democrático e, não necessariamente heterossexual. Trata-se de entidade de afeto e entre-ajuda, fundada em relações de índole pessoal, voltadas para o desenvolvimento da pessoa humana²⁰.

Na linha dessa evolução, as relações consanguíneas também perdem importância frente à valorização dos laços afetivos e da convivência familiar. A família, portanto, passa a ser composta não só em razão dos laços de sangue, mas da afetividade entre seus membros²¹. Observa José Sebastião de Oliveira²² que “a família só tem sentido enquanto unida pelos laços de respeito, consideração, amor e afetividade. Inexistentes esses atributos, o que existe é um mero elo de direito, sem vinculação fática”.

No contexto dessas transformações, as uniões informais, que já eram uma realidade na sociedade brasileira²³, começaram a se intensificar. As pessoas não mais se conformavam em viver uma relação sem afeto. Queriam poder romper as amarras do matrimônio e buscar, de fato, a felicidade. Por consequência, o número de desquites paulatinamente foi aumentando e o concubinato, embora ainda não fosse visto com bons olhos pela sociedade, começou a ser buscado por essas pessoas que desejavam constituir uma nova família. Do mesmo modo, o casamento deixa de ser visto como uma fonte de sustento econômico, para ser pensado como um verdadeiro instrumento de felicidade.

No entanto, embora essa nova estrutura familiar fosse uma crescente na sociedade brasileira, nosso ordenamento jurídico não acompanhou plenamente essa evolução, mantendo a legislação com características remontantes à sociedade patriarcal, hierarquizada e matrimonializada.

A família, portanto, permanecia sendo regulamentada pelo Código Civil de 1916 que, editado sob a inspiração dos ideais burgueses, colocou, na linha das demais codificações oitocentistas, a propriedade como núcleo de onde emanava todo o direito privado, incluindo, é

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas ‘versus’ famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional)**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/22426>>. Acesso em: 23/06/2012.

²¹ Exemplo notório da valorização da afetividade na composição da família é o crescente reconhecimento da filiação socioafetiva pelos Tribunais pátrios.

²² OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 242.

²³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 168.

claro, o ramo do direito de família. Em estudo realizado pelo brilhante jurista Paulo Luiz Netto Lôbo²⁴, pode-se constatar que dos 290 artigos do Código Civil de 1916 que tutelavam a família brasileira, 151 tratavam de relações patrimoniais e 139 de relações pessoais.

Em paralelo a isso, o próprio fato de se distinguir a família legítima da ilegítima, sobretudo no que se refere aos filhos concebidos fora do casamento, transcendia à visão discriminatória, característica daquela época, justificando-se, também na necessidade de proteger o patrimônio, o qual poderia ficar prejudicado caso se reconhecesse o mesmo tratamento legal atribuído à prole legítima, àqueles que carregavam a pecha de filhos adúlteros, naturais ou incestuosos.

Esse fato, mais uma vez, demonstra que o aspecto patrimonial era determinante nas relações familiares do início do século XX, o qual refletia, conseqüentemente, na legislação civil.

Todavia, com a consolidação das mudanças e da evolução da família brasileira, focada na afetividade, existia um descompasso entre o modelo de família codificado e a pluralidade social existente, a qual, impondo-se frente ao Direito, passou a exigir proteção²⁵.

O ordenamento jurídico pátrio, por consequência, teve que se renovar. A família sai da órbita exclusiva do direito civil, para ser regulamentada pela Constituição Federal de 1988. A legislação infraconstitucional, então, acaba sendo recolhida, no plano dos princípios básicos, pelo capítulo da família na Constituição²⁶.

Incorpora-se, embora implicitamente, o princípio da afetividade, retirando a supremacia do matrimônio como forma exclusiva de constituição de família.

Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos²⁷.

²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia>>. Acesso em: 14/07/2012.

²⁵ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 284.

²⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 37.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares**. Disponível em: <<http://d.yimg.com/kq/groups/15017587/813150887/name/GUSTAVO+TEPEDINO+Rela%C3%A7%C3%B5es+Familiares.pdf>>. Acesso em: 15/06/2012.

O constituinte, impulsionado pelas mudanças sociais, alarga então o conceito de família reconhecendo como entidade familiar a comunidade formada por um dos pais e seus filhos e a união estável, ambos ao lado do casamento, como espaço de promoção da dignidade da pessoa e de realização da personalidade de seus membros²⁸. Outro tipo de família é apreendida, em cuja base estão os princípios da pluralidade familiar, da igualdade substancial, da liberdade e do afeto, constituindo o que se convencionou chamar de família eudemonista, aquela que visa a felicidade de seus membros.

É a partir desse momento que a união estável passa a ter o mesmo *status* jurídico do casamento, sendo-lhe devida a mesma proteção dada pelo Estado ao segundo. No entanto, a fim de viabilizar essa proteção, era necessário que se editassem leis para regulamentar essa nova forma de constituir família. O Código Civil de 1916 ainda mantinha o formato da família tradicional, sendo incompatível com os avanços dados pela Constituição de 1988. Neste contexto, vieram as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 igualando, em direitos e deveres, cônjuges e companheiros.

Com a vinda do Código Civil de 2002, esperava-se que a união estável fosse recepcionada com a mesma proteção e o devido respeito dado ao casamento. No entanto, não foi isso o que aconteceu. Os companheiros, embora no âmbito do direito de família tenham os mesmos direitos atribuídos aos cônjuges, no plano do direito sucessório está em posição de inferioridade, como se fosse uma família de segunda classe. E, não bastasse isso, o Código Civil, além de não atribuir iguais direitos aos companheiros, retirou outros já consagrados por leis pretéritas.

Esse tratamento desigual demonstra a divergência de opiniões quanto aos efeitos da união estável. Doutrina e jurisprudência se debatem para definir se a Constituição Federal de 1988 equiparou, no que tange aos efeitos jurídicos, a união estável ao casamento, ou se deu primazia a este, autorizando a concessão de mais direitos aos cônjuges.

É, pois, aqui que reside o objeto de estudo do presente trabalho, que se propõe a analisar a sucessão dos cônjuges e companheiros, demonstrando que a desigualdade existente entre os dois estatutos sucessórios é flagrantemente inconstitucional.

Para tanto, o primeiro capítulo busca contextualizar a união estável no ordenamento jurídico brasileiro, abordando sua trajetória desde quando era vista como uma relação imoral, indigna da proteção do Estado, até a sua consagração como entidade formadora de família.

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas ‘versus’ famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional)**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/22426>>. Acesso em: 23/06/2012.

Serão estudadas também as divergências doutrinárias acerca da equiparação dos efeitos da união estável ao casamento, buscando definir se existe hierarquia axiológica entre as duas espécies de família.

Em um segundo momento, será feita uma análise pontual acerca dos direitos sucessórios atribuídos aos cônjuges e aos companheiros pelo Código Civil de 2002, bem como pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, demonstrando as inconsistências que dão azo a inúmeros entendimentos acerca da forma de suceder. Serão abordadas as desigualdades verificadas na sucessão do companheiro, quando comparado ao cônjuge, demonstrando o tratamento inferior dado à união estável.

Assim, ao longo do segundo capítulo será defendida a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, por fazer diferenciação de direitos no plano do Direito Sucessório, sem amparo jurídico para tanto, violando direitos fundamentais consagrados na Carta Magna, mais especificamente a igualdade, a dignidade da pessoa humana e a proibição de retrocesso social.

A relevância do tema é indiscutível, uma vez que a sucessão do companheiro afeta diretamente grande parte da população. A constituição de família por meio da união estável é uma realidade que aumenta progressivamente na sociedade, representando, hoje, 36,4% das uniões conjugais, segundo dados do IBGE²⁹. Desse modo, não há como ignorar que o direito das sucessões deve ser melhor analisado, buscando a interpretação que mais se harmonize com a proteção dada às famílias pela Constituição Federal. Por fim, a importância da discussão abordada também se revela face às divergências de posicionamento firmadas pelos Tribunais pátrios, pois enquanto uns declaram a constitucionalidade do regramento sucessório conferido ao companheiro, outros deixam de aplicá-lo, usando, por analogia, aquele dispensado ao cônjuge.

²⁹ Dados disponíveis em:

<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2240&id_pagina=1>. Acessado em: 20/10/2012.

2 O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR

2.1 O CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL

Durante muito tempo, as relações concubinárias foram ignoradas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Não se reconhecia qualquer efeito jurídico, tampouco se buscava tutelar os relacionamentos amorosos que se constituíam à margem do casamento. Entendia-se que as relações concubinárias eram imorais e adúlteras e, portanto, não mereciam respaldo legal.

Por esse motivo e principalmente com o intuito de proteger as famílias constituídas pelo casamento³⁰, o Código Civil de 1916 não regulou as uniões de fato. Pelo contrário, as poucas referências que fez à vida em concubinato tinham um viés censório-restritivo³¹, visando assegurar os direitos dos cônjuges e favorecer a família matrimonial, que era a “única expressão de legítima e exclusiva exteriorização de entidade familiar”³². Os Tribunais pátrios negavam qualquer direito às concubinas, sob o fundamento da ilegalidade e da imoralidade de tais relações, com o intuito, mais uma vez, de assegurar o prestígio e a defesa do casamento³³.

Com a valorização das relações afetivas e familiares e especialmente em virtude do engessamento do ordenamento jurídico - que inadmitia o divórcio justamente com o intuito de proteger a família legítima - os desquitados, que eram impedidos de casar novamente, começaram a sentir a necessidade de se relacionar com outras pessoas e constituir uma nova família, passando a viver, assim, em uma relação concubinária, excluída do mundo jurídico³⁴.

A distinção das espécies de concubinato, até meados do século passado, se fazia pelo critério da notoriedade³⁵, denominando-se concubinato ostensivo a relação de pessoas que viviam como se casados fossem e de concubinato clandestino a relação havida entre pessoas que não podiam ou não queriam revelá-la. Ambos os tipos de concubinato, embora tivessem distinções axiológicas, não produziam qualquer efeito jurídico.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 158.

³¹ OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Distinção Jurídica entre união estável e concubinato. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord). **Novo Código Civil: questões controvertidas no direito de família e sucessões**. v. 3. 2. t. p. 239-260. São Paulo: Método, 2006. p. 240.

³² MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 768.

³³ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 159-160.

³⁴ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 289-290

³⁵ BAPTISTA, Sílvio Neves. União estável de pessoa casada. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord). **Novo Código Civil: questões controvertidas no direito de família e sucessões**. v. 3. 2. t. p. 301-313. São Paulo: Método, 2006. p. 304.

Com o tempo, e em face do crescimento das relações informais decorrentes da impossibilidade do divórcio, passou-se a adotar o critério do impedimento matrimonial para definir essas uniões livres. Assim, se começou a chamar de concubinato puro a relação informal entre pessoas, caracterizada pela vida em comum *more uxorio*, ou seja, que mantinham a convivência marital, como se casados fossem, mas que estavam impedidos de casar ou que, por razões de ordem pessoal, não quiseram formalizar o vínculo conjugal³⁶. O concubinato impuro, por sua vez, era a denominação dada à relação adúlterina ou àquela formada entre parentes, ou seja, a relação existente entre as pessoas efetivamente impedidas de casar³⁷.

Aos poucos, enfrentando uma realidade que antes era ignorada pelo Direito, a jurisprudência passou a reconhecer as uniões informais como sociedades de fato, concedendo, ainda que timidamente, alguns direitos aos concubinos. O Supremo Tribunal Federal, consolidando o direito à partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum, conferido ao concubinato por diversos Tribunais, editou a Súmula 380³⁸, pela qual se conferiu aos companheiros a possibilidade de amealhar parte do patrimônio que, durante a vigência da sociedade de fato, tenha sido adquirido pelo esforço comum, evitando, assim, o enriquecimento sem causa por parte de um dos partícipes da relação.

Essa construção jurisprudencial demonstra, como observa José Sebastião de Oliveira³⁹, que o sistema jurídico brasileiro ainda não encarava o concubinato como forma alternativa de constituição de família, pois condicionava a partilha dos bens à prova da sociedade de fato e não do concubinato em si. Por esse motivo, o tratamento das relações extramatrimoniais se dava não no âmbito do direito de família, mas no do direito obrigacional, junto às varas cíveis⁴⁰.

Foi, entretanto, com a Constituição Federal de 1988, que se verificou uma verdadeira revolução no trato das relações informais.

³⁶ CHAVES, Sérgio Fernando Vasconcellos. A família e a união estável no novo Código Civil e na Constituição Federal. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 392.

³⁷ BAPTISTA, Sílvio Neves. União estável de pessoa casada. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord). **Novo Código Civil: questões controvertidas no direito de família e sucessões**. v. 3. 2. t. p. 301-313. São Paulo: Método, 2006. p. 304.

³⁸ Súmula 380 do STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0380.htm>. Acesso em: 14/08/2012.

³⁹ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 159-160.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 159.

Reconhecendo, no art. 226, §§ 3º e 4º⁴¹, a pluralidade de arranjos familiares, a Carta Política eleva a união estável ao *status* de entidade familiar, merecedora da proteção do Estado. A mudança na forma de encarar as uniões livres, que antes eram vistas com muita hostilidade, serviu para concebê-las definitivamente como um modo alternativo de família, rompendo com a hegemonia do casamento.

O legislador de 1988 tirou a máscara hipócrita de seu colega de 1916, a quem a família ilegítima envergonhava, para proclamar não só a existência da família nascida fora do casamento, sua condição de entidade familiar, como também para dizer que ela se encontra sob proteção do Estado⁴².

Assim, o que até então era considerado concubinato puro, cujos efeitos jurídicos advinham da comprovação da sociedade de fato, passou a receber o nome de união estável, solidificando-se como forma de constituição de família.

Ao concubinato, por seu turno, reservou-se o conceito de uma relação não eventual entre homem e mulher, impedidos de casar⁴³ e que não possui os mesmos efeitos jurídicos dados às famílias, mas somente aqueles decorrentes de uma sociedade de fato, no campo do direito obrigacional⁴⁴.

Após a Constituição Federal de 1988 ter reconhecido a união estável como entidade familiar, muito se debatia acerca da auto-aplicabilidade do §3º, do art. 226. Enquanto alguns admitiam a imediata aplicação, atribuindo direitos de forma análoga àqueles atribuídos aos cônjuges, outros defendiam que a norma constitucional deveria ser regulamentada por lei infraconstitucional. Neste cenário, duas leis surgiram para definir e estabelecer os pressupostos para a configuração dessa nova forma de constituir família: a Lei nº 8.971/94 e a Lei nº 9.278/96.

A Lei nº 8.971/1994, que na visão de Arnold Wald⁴⁵ foi a responsável pela introdução da união estável no direito de família e no direito sucessório, em seu art. 1º⁴⁶, estabelecia que

⁴¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁴² RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. v. 6. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 299.

⁴³ Art. 1.727 do Código Civil. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

⁴⁴ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 199.

⁴⁵ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 247.

⁴⁶ 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.

os sujeitos envolvidos na relação deveriam ser solteiros, divorciados, separados judicialmente ou viúvos, não concebendo a hipótese de existir uma união estável entre pessoas casadas, mas separadas de fato. Além disso, estabelecia o prazo mínimo de cinco anos de relacionamento para que se pudesse reconhecer a união estável, podendo ser afastado o referido prazo somente nos casos em que os companheiros tivessem tido filho.

Já a Lei nº 9.278/96 possibilitou o surgimento da união estável entre pessoas separadas de fato e aboliu a exigência de prazo mínimo para a configuração de tal instituto, deixando ao julgador a tarefa de averiguar, em cada caso, se havia uma relação apta a constituir família.

O Código Civil de 2002, por sua vez, tomando por base a definição dada pela Lei nº 9.278/96, conceitua a união estável no artigo 1.723, que tem o seguinte teor:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º 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 casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

No entanto, da análise do referido dispositivo, constata-se que o legislador não foi preciso ao dar um conceito jurídico à união estável, pois se limitou a elencar os requisitos objetivos para a o seu reconhecimento⁴⁷, os quais acabam dando contornos de casamento às uniões extramatrimoniais⁴⁸.

Não há também na doutrina um conceito uníssono do que se entende por união estável.

Para Rodrigo da Cunha Pereira, o conceito de união estável está intimamente ligado ao que se entende por família e, talvez por isso, a dificuldade de se encontrar uma definição que se amolde a essa entidade familiar:

Definir união estável não é muito simples, até porque não é nada simples, na atualidade, o conceito de família. Aliás, esse é o grande desafio do Direito de Família contemporâneo. Definir união estável começa e termina por entender o que é família. A partir do momento em que a família deixou de ser, essencialmente, o núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do afeto e do amor surgiram novas e várias representações sociais para ela.⁴⁹

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 161.

⁴⁸ *Ibidem*, p.161.

⁴⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da União Estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Pág 226-227.

Washington de Barros Monteiro, valendo-se do conceito dado por Ruggiero, sustenta que a união estável consiste na ligação entre o homem e a mulher, sem casamento ou, de maneira mais simplificada, é a ausência de matrimônio para aqueles que vivem como marido e mulher⁵⁰.

Para Sílvio Rodrigues, a definição da união estável é a “união do homem e da mulher, fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim de satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade da mulher ao homem”⁵¹.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que o companheirismo é “a união extramatrimonial monogâmica entre o homem e a mulher desimpedidos com vínculo formador e mantenedor da família, estabelecendo uma comunhão de vida e d’almas, nos moldes do casamento, de forma duradoura, contínua, notória e estável.”⁵²

Para Roberto Senise Lisboa⁵³, união estável é a relação íntima e informal, prolongada no tempo e assemelhada ao vínculo decorrente do casamento civil, entre sujeitos de sexos diversos (conviventes ou companheiros), que não possuem qualquer impedimento matrimonial entre si.

José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz⁵⁴ definem o concubinato como sendo

uma comunhão de vida em que dominam essencialmente relações de sentimento e de interesses da vida em conjunto que se estendem no campo econômico (por exemplo, com o sustento material recíproco, com a colaboração de um concubino no exercício da profissão ou indústria do outro, com a construção de uma casa para habitação, com a organização e exploração de uma indústria ou comércio), traduzindo o estreito e íntimo vínculo de coesão entre os conviventes.

Antônio Carlos Mathias Coltro⁵⁵, em obra publicada antes do advento das primeiras legislações que tutelavam a união estável, já sustentava que a definição desta entidade familiar é missão não dos legisladores, mas dos próprios tribunais, os quais devem observar,

⁵⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito de família**. v. 2. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 30.

⁵¹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. v. 6. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 287.

⁵² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 97.

⁵³ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: direito de família e sucessões**. v. 5. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 153.

⁵⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família: direito matrimonial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990. p. 76.

⁵⁵ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A Constituição Federal e a união estável entre homem e mulher. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 50.

no caso concreto, mais a qualidade de que se reveste a relação conjugal, do que o tempo de sua existência.

Com efeito, a dificuldade de se estabelecer um conceito sobre este instituto jurídico reside no fato de que a união estável se constitui a partir da afetividade entre duas pessoas e pela simples convivência entre elas. É, portanto, uma situação fática, que não necessita de formalismos legais para existir. Assim, o conceito de união estável é um conceito abstrato, que deve partir dos próprios operadores do direito, pois são eles que podem identificar, no caso concreto, se a situação que se apresenta tem, efetivamente, características de uma família constituída informalmente.

A união estável, portanto, não comporta um conceito específico, como se dá no casamento. Ela é fruto, pois, da constatação, ao longo do tempo, da existência de alguns requisitos elementares, os quais serão estudados no tópico seguinte.

2.2 OS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

Em que pese a união estável já seja uma modalidade de constituição de família amplamente aceita pela sociedade, reconhecida pelos Tribunais e regulamentada pela legislação, ainda existem muitas divergências, na doutrina e na jurisprudência, em relação a sua própria constituição, formação e configuração. O seu reconhecimento, embora à primeira vista possa parecer simples, em verdade se revela uma tarefa bastante árdua para o aplicador do Direito, na medida em que lhe é exigido uma postura firme na averiguação das provas que, muitas vezes, são exclusivamente testemunhais, e, ao mesmo tempo, certa sensibilidade que lhe permita perceber a formação de uma família, mesmo quando não estão presentes todos os elementos constitutivos da união estável.

É certo, pois, que a averiguação da união estável no caso concreto e, conseqüentemente, o reconhecimento de seus efeitos jurídicos, é medida que impõe bastante cautela. E não só em razão das conseqüências jurídicas que produz, mas também pelo risco que advém da própria informalidade da relação. Para tanto, necessário se faz o estudo dos pressupostos essenciais para a configuração desta entidade familiar.

Na linha do que dispôs a Lei nº 9.278/1996, o Código Civil enumera diversos requisitos constitutivos da união estável, ou seja, elementos necessários à sua caracterização para produção de efeitos jurídicos.

No entanto, além dos requisitos previstos pelo Código Civil, a doutrina tratou de estabelecer outros elementos que integram ou caracterizam a união estável.

Rodrigo da Cunha Pereira⁵⁶, assevera que o Direito pátrio e estrangeiro, tendem a estabelecer elementos que façam a união estável parecer um casamento. Portanto, para o reconhecimento desta entidade familiar, seria necessária a verificação da durabilidade da relação; a existência de filhos; a construção patrimonial em comum; a *affectio societatis*; a coabitação; a fidelidade; a notoriedade e a comunhão de vida.

Já Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁵⁷ considera como características do companheirismo a finalidade de constituir família; a estabilidade; unicidade de vínculo; a notoriedade; a continuidade e a ausência de formalismos.

Maria Helena Diniz⁵⁸, por sua vez, impõe como elementos essenciais para a configuração da união estável a diversidade de sexos; a ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial; a notoriedade de afeições recíprocas; a honorabilidade; a fidelidade ou lealdade; a coabitação e a colaboração da mulher no sustento do lar.

Inobstante essas diferenciações de ordem teórica, o que se verifica é que muitas características consideradas pelos referidos autores, em verdade, quando não constituem deveres⁵⁹ dos partícipes da união estável, são decorrências lógicas dos requisitos estabelecidos pelo Código Civil. Por tal razão, o presente trabalho limitar-se-á a expor os elementos referidos pela legislação civil e suas peculiaridades, que são, de fato, os pressupostos considerados pelo operador do direito na análise da caracterização da união estável.

Assim dispõe o Código Civil:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º 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 casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

⁵⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 29.

⁵⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 156-169.

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v. 5. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 375-390.

⁵⁹ Art. 1.724 do CC. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

São, portanto, requisitos para a configuração da união estável a convivência, a publicidade, continuidade e durabilidade da relação; o ânimo de constituir família, a diversidade de sexos e, por fim, a inexistência de impedimentos matrimoniais.

No entanto, importa destacar que, por ser a união estável uma situação de fato, desprovida de formalidades, não há necessidade de que todos os requisitos estampados no Código Civil venham a ser observados para a sua configuração, pois, como bem refere Rodrigo da Cunha Pereira⁶⁰, o importante para a declaração de existência da união estável é analisar se, na somatória de elementos, está presente um núcleo familiar, ou seja, uma verdadeira entidade familiar.

2.2.1 Coabitação

A coabitação constitui um dos deveres básicos dos casados. No entanto, ao dispor sobre os companheiros, o legislador ordinário, em atenção à Súmula nº 382⁶¹ do STF, que tornava indispensável a vida em comum sob o mesmo teto para a caracterização do concubinato, olvidou-se de estabelecê-la como pressuposto da união estável.

Muitos autores, no entanto, defendem que a coabitação seria um requisito indispensável para a configuração da união estável, pois embora não se tenha feito referência expressa à vida em comum, o Código Civil, no art. 1.723, impõe como requisito para o reconhecimento da união estável a convivência pública.

Além disso, parte da doutrina sustenta que a Súmula nº 382 do STF não deveria mais ser aplicada, pois foi editada no contexto em que o ordenamento jurídico não reconhecia as uniões estáveis como entidades familiares. Reconheciam-se as relações informais apenas como uma sociedade de fato, cujos efeitos limitavam-se ao âmbito do direito obrigacional e, por tal razão, era prescindível a convivência dos concubinos sob o mesmo teto⁶².

Nesse sentido, Fernando Malheiros Filho⁶³, em pesquisa realizada sobre origem jurisprudencial da Súmula nº 382 do STF, refere que o verbete foi construído a partir de duas ações de investigação de paternidade, em que se discutia a exata interpretação do termo

⁶⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 34.

⁶¹ Súmula 382 STF: “A vida em comum sob o mesmo teto “more uxorio”, não é indispensável à caracterização do concubinato”. Disponível em:

<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0382.htm>. Acesso em: 07/11/2012.

⁶² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito de família**. v. 2. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 31.

⁶³ FILHO, Fernando Malheiros. **União estável**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 45.

“concubinato” e a necessidade, para efeitos de reconhecimento de paternidade, dos concubinos viverem sob o mesmo teto. Conclui, o autor, que a citada Súmula referia-se ao concubinato em sentido amplo, o qual faz gerar a presunção *juris tantum* de paternidade, e não ao concubinato específico, que se assemelha ao casamento. Por isso, defende a inaplicabilidade da Súmula nº 382 e a necessidade da existência de coabitação entre o casal, para que se possa reconhecer a união estável.

Nesta mesma linha de raciocínio, Rolf Madaleno⁶⁴ afirma que, sendo a união estável uma entidade familiar protegida pelo Estado e construída ao espelho do casamento, não há razões para se dispensar a coabitação entre os companheiros, uma vez que ela constitui um dos deveres dos casados.

Washington de Barros Monteiro, por seu turno, salienta que a convivência sob tetos diferentes somente poderia ser aceita se houvesse um justo motivo para tanto e adverte que conceber como união estável uma relação entre duas pessoas que vivam sob tetos diferentes pode gerar insegurança e acabar desestimulando as pessoas a manterem relacionamentos afetivos⁶⁵.

Áurea Pimentel Pereira também assim se posiciona, afirmando que a coabitação é necessária para se imprimir à união estável a característica de solidez e estabilidade. Refere, ainda, que esse requisito é indispensável para que se possa distinguir a união estável da concubinagem, a qual se caracteriza por ser um relacionamento passageiro e descompromissado, decorrente de encontros ocasionais⁶⁶.

Em sentido contrário, parcela significativa da doutrina e da jurisprudência defende que não se pode considerar a coabitação como um pressuposto determinante para o reconhecimento da união estável. Veja-se inclusive, que embora a legislação imponha como dever dos cônjuges a vida em comum no domicílio conjugal, o que se constata hoje é uma tendência das pessoas dispensarem a convivência sob o mesmo teto, seja por razões de cunho profissional, seja por uma opção do próprio casal, que prefere manter sua individualidade assegurada.

Corroborando estas conclusões, estão os ensinamentos de Rodrigo da Cunha Pereira:

No Direito brasileiro, já não se toma o elemento da coabitação como requisito essencial para caracterizar ou descaracterizar o instituto da união estável, mesmo

⁶⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 789.

⁶⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito de família**. v. 2. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 33.

⁶⁶ PEREIRA, Áurea Pimentel. **Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.139.

porque, hoje em dia, já é comum haver casamentos em que os cônjuges vivem em casas separadas, talvez como uma fórmula para a durabilidade das relações. A proteção jurídica é da união em que os companheiros vivem em comum por tempo prolongado, sob o mesmo teto ou não, mas com aparência de casamento⁶⁷.

Neste mesmo sentido, é o entendimento de Belmiro Pedro Welter⁶⁸ para o qual é imprescindível que os companheiros e cônjuges convivam no domicílio da entidade familiar, conforme consta do inciso II, do art. 1.566⁶⁹, do Código Civil. No entanto, para ele, a convivência no domicílio da entidade familiar não pressupõe necessariamente a convivência na mesma casa, de modo que se pode ter reconhecida uma união estável nos casos em que os companheiros não convivam sob o mesmo teto.

Zeno Veloso ainda lembra que o mais comum é que as pessoas que vivem como marido e mulher dividam um mesmo lar. No entanto, afirma que:

É a sociedade que faz o Direito e não o contrário. E não se pode deixar de observar um comportamento no meio social, representado por pessoas que convivem, assumem ostensivamente a posição de marido e mulher, de companheiro e companheira, mas moram em casas separadas. Nem por isso se pode dizer que não estão casados; nem só por isso se pode concluir que não há união estável.⁷⁰

Helder Martinez Dal Col também defende a possibilidade do reconhecimento da união estável, nos casos em que não haja coabitação. No entanto, destaca que a convivência em moradia diversa não pode dar margem a um distanciamento entre o casal, sob pena de, aí sim, se desfigurar o relacionamento estável. Sustenta o autor que:

O que não se pode conceber, portanto, é um distanciamento tal que importe na quase total desvinculação do casal, em termos sexuais e afetivos, pois então não haveria razão para se falar em união estável. Mesmo nesse caso, a situação fática mereceria apurada análise antes de se tomar posição pela inocorrência da entidade familiar, especialmente quando existir filhos⁷¹.

A propósito do tema, a convivência não significa precisamente coabitação. Pessoas podem conviver sem, contudo, morar na mesma casa. A convivência pressupõe, na realidade, a participação de um companheiro na vida do outro⁷². Assim, se o legislador realmente

⁶⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 30.

⁶⁸ WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável**. 6. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 82.

⁶⁹ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: (...) II - vida em comum, no domicílio conjugal;

⁷⁰ VELOSO, Zeno. **Código civil comentado**: v. 17, arts. 1694 a 1783. São Paulo: Atlas, 2003. p. 114.

⁷¹ COL, Helder Martinez Dal. A união estável perante o Novo Código Civil. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org). **Família e Sucessões: entidades familiares**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1064.

⁷² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 398.

quisesse que os partícipes da união estável coabitassem, não teria exigido a simples convivência pública, contínua e duradoura.

Entretanto, ainda que se defenda que a coabitação não é um pressuposto necessário para a caracterização da união estável, não se desconhece, todavia, a importância prática que tem esse requisito no campo da prova da relação estável. Com efeito, a coabitação não só reduz a dificuldade que se tem em determinar o termo inicial da união estável, como também ajuda a distingui-la de um namoro íntimo e duradouro.

Assim, é certo que a convivência sob o mesmo teto, embora não seja um elemento essencial, dá mais segurança no reconhecimento da união estável, na medida em que torna mais concreta a prova de sua constituição.

2.2.2 Publicidade

As uniões extramatrimoniais, para serem configuradas como união estável, devem, ser públicas, ou seja, devem ser reconhecidas socialmente, ainda que por um grupo restrito de pessoas.

A publicidade da relação afetiva exige a exposição dos companheiros perante o grupo social e familiar em que vivem, “apresentando-se como um verdadeiro casal, partilhando os problemas comuns, prestando auxílio mútuo, moral e materialmente, dispensado-se respeito e afeição”⁷³.

No entanto, a publicidade que é exigida é a existência da família, da relação estável, pois outros relacionamentos afetivos, como o namoro, por exemplo, também se desenvolvem em ambiente público, mas não se confundem com a união estável.

Nesse ponto Rolf Madaleno diz que

A publicidade da relação estável é aquela conhecida no meio social dos conviventes, perante seus vizinhos, amigos, parentes e colegas de trabalho, afastada qualquer conotação de clandestinidade, ou segredo da união, em relação oculta aos olhos da sociedade, dissimulada, como se fossem amantes em relação precária e passageira e não estáveis parceiros afetivos.⁷⁴

Para Álvaro Villaça Azevedo, a união estável deve ter a mesma publicidade que tem o casamento, pois os companheiros devem ser conhecidos no local em que vivem, nos meios

⁷³ COL, Helder Martinez Dal. A união estável perante o Novo Código Civil. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org). **Família e Sucessões: entidades familiares**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1063.

⁷⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 79

sociais, principalmente de sua comunidade, pelos fornecedores de produtos e serviços, apresentando-se, enfim, como se casados fossem⁷⁵.

Entretanto, por mais que o Código Civil tenha estabelecido a publicidade como requisito para a configuração da união estável, muitos autores sustentam que o intuito da lei era exigir a notoriedade da relação, pois, se entende que “tudo que é público é notório, mas nem tudo que é notório é público”⁷⁶.

Assim, José Carlos Barbosa Moreira⁷⁷, diz que o requisito da publicidade não exige que um grande número de pessoas tenha ciência da relação ou que os companheiros declarem sua situação em um ato ou documento essencial. Pelo contrário, é imprescindível, somente, que a relação não seja oculta ou absolutamente infensa a qualquer conhecimento alheio.

Por fim, para Francisco José Cahali⁷⁸, a notoriedade ou publicidade não deveria figurar como requisito essencial para a configuração da união estável, pois, entende o autor, que não cabe à sociedade saber das intenções subjetivas dos partícipes da união estável. No entanto, reconhece que o elemento da notoriedade é relevante no campo da prova do relacionamento, ou seja, é um elemento que indica a efetiva existência da união estável, apta a produzir seus efeitos enquanto entidade familiar.

A publicidade, portanto, manifesta-se através da aparência da vida conjugal ou familiar perante a família e amigos dos companheiros.

2.2.3 Continuidade

A continuidade da relação é um requisito que deve existir de modo a demonstrar a estabilidade do vínculo afetivo formado entre os companheiros. Ou seja, embora não se exija o decurso de lapso temporal mínimo para a caracterização da união estável, ela não pode ser efêmera ou passageira.

⁷⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 398.

⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 164

⁷⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo código civil e a união estável. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org). **Família e Sucessões: entidades familiares**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1047.

⁷⁸ CAHALI, Francisco José. União estável e alimentos entre companheiros. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 68-69 *apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O companheirismo: uma espécie de família. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 165.

A união deve ser permanente, não no sentido de perpetuidade⁷⁹, mas de modo a demonstrar a solidez do vínculo conjugal, o qual, portanto, não pode se desfazer com qualquer crise comum na vida a dois.

Assim, o legislador não pretendeu dar *status* de união estável ao relacionamento descompromissado ou àquele em que qualquer desentendimento é motivo para separação. Ao contrário, quis proteger o relacionamento maduro, harmonioso e contínuo, que efetivamente possibilite a existência de uma família.

A esse respeito, Fernando Malheiros Filho⁸⁰ assevera que

O relacionamento segmentado ou as rupturas são características justamente da relação descompromissada, da abordagem ou namoro, da aproximação, onde a descontinuidade pode ensejar-se sem traumas, considerando que não há uma estrutura formada e as consequências do afastamento são materialmente desimportantes.

Entretanto, insta esclarecer que rompimentos passageiros e circunstanciais, em que pese haja autores que defendam o contrário⁸¹, não têm o condão de romper o vínculo afetivo formador da união estável. Da mesma forma como no casamento pode haver separações temporárias, também na união estável há rompimentos não muito prolongados, com posterior reconciliação, que vem, inclusive, reforçar a intenção de ser mantida a comunhão de vida e interesses⁸².

2.2.4 Durabilidade

Outra característica que deve ser verificada na relação estável é a sua duração. O Código Civil dispõe que a convivência dos companheiros deve ser duradoura, pelo que se entende que ela deve se manter por certo espaço de tempo.

A Lei nº 8.971/94, que regulava o direito dos companheiros a alimentos e sucessão, em seu artigo 1º⁸³, estabelecia prazo de cinco anos de duração da união estável para que se pudesse reconhecê-la como entidade familiar. Previa, ainda, que em casos em que os

⁷⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 167.

⁸⁰ FILHO, Fernando Malheiros. **União estável**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 33.

⁸¹ Essa é a posição sustentada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama.

⁸² COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A Constituição Federal e a união estável entre homem e mulher. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 51.

⁸³ 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”.

companheiros tivessem filhos, o reconhecimento da união estável era imediata, não necessitando a prova do tempo do relacionamento.

Ocorre que a imposição de um prazo para a configuração da união estável dificultava o reconhecimento do instituto, mormente pelo fato de que, como sustentam alguns doutrinadores, o período de cinco anos deveria ser ininterrupto, e que a cada interrupção recomençaria a contagem do prazo.

No entanto, como bem salienta Belmiro Pedro Welter⁸⁴, o reconhecimento da união estável se faz necessário principalmente quando de sua dissolução e, assim, a estipulação de um prazo para sua configuração dava margem aos companheiros, que não desejassem ter reconhecida a entidade familiar, a interromper propositalmente a união, impedindo a implementação do prazo.

Muito se discutia naquela época a necessidade da imposição de um prazo de convivência, bem como a existência de prole para o reconhecimento da união estável.

A jurisprudência pátria, diante das injustiças que se verificava no caso concreto, começou a relativizar a exigência deste prazo mínimo⁸⁵.

Em 1996 veio à lume a Lei nº 9.278 que, no art. 1º, aboliu a exigência de prazo ou existência de prole para a configuração da união estável.

O novo Código Civil, por sua vez, consolidou o entendimento de não se estabelecer requisito temporal para a configuração da união estável, deixando a tarefa de identificar a relação estável para a apreciação judicial casuística⁸⁶.

Com efeito, o fator temporal e a existência de filhos não podem ser elementos determinantes para o nascimento da união estável, uma vez que em nem todos os relacionamentos nos quais se têm filhos, há o efetivo ânimo de constituir uma família. Como salienta Rodrigo da Cunha Pereira⁸⁷, a existência de filhos não pode ser um elemento determinante para constituição de uma família, pois se assim fosse, mesmo os casados que não pudessem ou optassem por não ter filhos, não poderiam formar uma família.

Além disso, observa José Sebastião de Oliveira⁸⁸, que soa bastante injusto não poder reconhecer a união estável, que é uma situação fática, um dia antes de completar cinco anos e, um dia depois, poder cancelá-la, atribuindo-lhe todos os seus efeitos jurídicos.

⁸⁴ WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável**. 6. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 79.

⁸⁵ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 185.

⁸⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 780.

⁸⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 32.

⁸⁸ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 185.

É sabido que o único intuito do legislador ao estipular um prazo para a configuração da união estável era de justamente verificar a estabilidade da relação, que pode, contudo, aparecer antes do implemento dos cinco anos. É necessário, e isso se verifica no caso concreto, que a união se estabilize por tempo suficiente para que reste caracterizado o *intuito familie*, evitando assim que se confunda a verdadeira união estável com um relacionamento passageiro.

Dessa forma, entende-se que a configuração da união estável não se encontra no transcurso de um lapso temporal, tampouco na existência de filhos. Outros são os elementos necessários para a formação de uma família, tais como o afeto, o carinho, a solidariedade e projetos de vida em comum, os quais prescindem de prazo para seu surgimento.

Como bem refere Rolf Madaleno⁸⁹, o que importa ao relacionamento estável é a sua qualidade e não o tempo da relação, o qual deve servir apenas como um referencial para se aferir se naquela união existe a vontade de se compartilhar uma vida em comum e de, assim, constituir família.

Nesta senda, a verificação de um prazo para a caracterização da união estável não é um elemento determinante. Para seu reconhecimento jurídico, se exige tão somente a presença de elementos que demonstrem a vontade do casal de formar uma família. Nesse ponto, merecem destaque as palavras de Rolf Madaleno:

Procura o julgador um seriado de requisitos, cujo somatório permite avaliar se determinado casal convive em união estável, e dentre os pressupostos afigura-se como essencial determinar a ocorrência do efetivo consentimento, configurado na vontade determinante de formar uma união ao estilo do casamento, de viver como se tratasse de uma relação de marido e mulher, compartilhando duas vidas, que antes transitavam separadas, agora, em uma real união de fato, onde cada um dos conviventes tem a exata dimensão e a natural capacidade de entender e, principalmente, querer viver como se casado fosse, e para isso o tempo é irrelevante⁹⁰.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁹¹, por sua vez, salienta que a durabilidade da relação estável deve ser conjugada com outros fatores indispensáveis à configuração do companheirismo, além do requisito temporal:

A estabilidade, no sentido da solidez, durabilidade, deve levar em consideração o lapso temporal de convivência entre os partícipes da relação, mas não como critério único na aferição da presença da característica da estabilidade. É comum a

⁸⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 780.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 781.

⁹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 159.

existência de pessoas casadas que não mantém mais uma união sólida, e sim vidas isoladas, sem qualquer participação do consorte em sua via pessoal a não ser aparentemente, como forma de justificar a continuidade do casamento perante a sociedade. Evidentemente, a estabilidade pressupõe a presença de uma série de componentes para a sua configuração, mas também não pode ser olvidado o fator temporal.

Nesta senda, se conclui que a convivência duradoura a que se refere o Código Civil nada mais é do que a exigência do transcurso de certo tempo, a ser aferível nas situações em concreto, que demonstre a estabilidade daquela relação afetiva em específico. A convivência duradoura, portanto, pode significar meses ou anos de convivência, pois o tempo da relação não pode ser tido como um requisito objetivo e absoluto na formação da família.

2.2.5 Intuito de constituir família

Outro requisito necessário para o reconhecimento da união estável é a vontade inequívoca do casal de constituir uma família.

De imediato, há que salientar que o ânimo de constituir família, a toda evidência, não significa que o casal deva unir-se com o intuito exclusivo de ter filhos. Como bem refere José Carlos Barbosa Moreira, “a entidade familiar que permaneça restrita aos dois nem por isso deixará de merecer, como tal, a proteção assegurada no art. 226, §3º, da CF/1988, ainda que a existência de prole normalmente funcione como indício de que o par teve o objetivo de constituir família”⁹². A interpretação nesse sentido, além de ser conservadora e retrógrada, fere o princípio da isonomia, na medida em que vedaria a possibilidade daqueles que são impedidos de procriar, de constituir uma família nos moldes da união estável.

Com efeito, o que exige esse requisito é o *animus* subjetivo de constituir família, ou seja, não é a simples declaração dos companheiros que satisfaz tal pressuposto. A intenção de constituir família é aferida, portanto, nas condutas, gestos e comportamento dos conviventes, tais como a forma como se apresentam perante círculo de amigos, a aquisição de um imóvel com esforços patrimoniais comuns, a realização de viagens, a residência sob o mesmo teto e também a existência de filhos.

⁹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo código civil e a união estável. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org). **Família e Sucessões: entidades familiares**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1048.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁹³, o intuito de constituir família, ou seja, a *affectio maritalis* é um requisito subjetivo que representa o elemento volitivo, a intenção dos companheiros de se unirem cercados de sentimentos nobres, congregando amor, afeição, solidariedade, carinho, respeito e compreensão, que são sentimentos indispensáveis à constituição e manutenção da família.

Zeno Veloso, por sua vez, aduz que

O elemento subjetivo (e não apenas o objetivo, externo, a aparência), então é essencial para configurar a união estável, estando nele o dado moral e ético do relacionamento, que o distingue dos demais, e o eleva, alçando-o a um nível tão alto, que a sociedade reconhece que ali está formada uma verdadeira família, tão respeitável e digna como qualquer família⁹⁴.

Esse elemento é, portanto, aquele que efetivamente visa distinguir a união estável de outros relacionamentos em que, embora haja a durabilidade e publicidade, não se encontra a vontade do casal em compartilhar uma mesma vida, construindo uma família.

2.2.6 Diversidade de sexos

A diversidade de sexos para o reconhecimento da união estável sempre foi uma questão bastante discutida pela doutrina, em que parte dela sustentava que a união estável só poderia ser reconhecida juridicamente entre casais heterossexuais e a outra defendia a viabilidade de se reconhecer as uniões homoafetivas.

A parcela da doutrina que considerava inconcebível o reconhecimento da união estável entre homossexuais, sustentava seu posicionamento argumentando que o legislador constituinte fez inserir a restrição em seu texto quando diz que “é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar”⁹⁵, com o propósito de efetivamente afastar as uniões entre pessoas do mesmo sexo e que, portanto, não havia como se estender os efeitos jurídicos concedidos à união estável entre heterossexuais às uniões homoafetivas.

Neste ponto, Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁹⁶ afirma que só é cabível de reconhecimento como entidade familiar a união informal que possa, abstratamente, ser

⁹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 206.

⁹⁴ VELOSO, Zeno. **Código civil comentado**: v. 17, arts. 1694 a 1783. São Paulo: Atlas, 2003. p. 109.

⁹⁵ Art. 226. § 3º CF - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

⁹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 177.

convertida em casamento. Por esse motivo sustenta ser impossível o reconhecimento de uniões homoafetivas pelo simples fato de que as mesmas não podem ser convertidas em casamento e que, portanto, devem, nas palavras do autor⁹⁷, “ser alijadas do contexto familiar”.

Entretanto, a doutrina mais moderna e atenta à realidade social defende o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares análogas à união estável, sob o argumento de que não há como se promover discriminações simplesmente em razão da orientação sexual do casal, sob pena de se violar a dignidade da pessoa humana.

Maria Berenice Dias afirma que:

Necessário é encarar a realidade sem discriminação, pois a homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões. Não há como cancelar o enriquecimento injustificado e deferir, por exemplo, no caso de morte do parceiro, a herança aos familiares, em detrimento de quem dedicou a vida ao companheiro, ajudou a amearhar patrimônio e se vê sozinho e sem nada⁹⁸.

No entanto, foi no âmbito do Poder Judiciário que as uniões homoafetivas começaram a ser protegidas. Assim, o mesmo processo de aceitação e reconhecimento da união estável heterossexual ocorreu com a união estável homoafetiva. Aos poucos, os Tribunais pátrios começaram a conceber as uniões homoafetivas como sociedades de fato, em que os parceiros eram considerados sócios e lhes era assegurada a divisão dos bens adquiridos durante o período de convivência, na proporção de seus esforços patrimoniais⁹⁹. Posteriormente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de forma pioneira, começou a reconhecer as uniões homoafetivas como uniões estáveis, de modo a assegurar os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana¹⁰⁰.

⁹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 178.

⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 47.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 47

¹⁰⁰ **RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.** Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas. (Segredo de Justiça) (Apelação Cível Nº 70005488812, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 25/06/2003). Disponível em: <http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome

A partir disso, muitos outros Tribunais, inclusive no âmbito da Justiça Federal, começaram a reconhecer as relações homoafetivas como uniões juridicamente equiparáveis à união estável, estendendo direitos, notadamente no campo do direito sucessório e previdenciário¹⁰¹.

No entanto, em 05 de maio de 2011, restou pacificada a questão com o julgamento da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, utilizando a técnica da interpretação conforme à Constituição, assentou que são equiparáveis juridicamente as uniões homossexuais à união estável, consignando a necessidade da interpretação não reducionista do conceito de família, abrigando, portanto, as uniões homoafetivas como entidades familiares. Desse modo, restou excluído do art. 1.723 do Código Civil qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo, como uma verdadeira família, atribuindo-lhes as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva¹⁰².

Dessa forma, se constata que o requisito da diversidade de sexos já não é mais importante para o reconhecimento da união estável. A relativização desse elemento só reafirma o fato de que a família se forma independentemente da existência de normas e requisitos formais que lhe dê uma configuração estanque. O Direito não pode servir como instrumento de estagnação social, devendo, portanto, acompanhar a evolução da sociedade, em especial da família.

2.2.7 Inexistência de impedimentos matrimoniais

Por fim, o último requisito para a configuração da união estável reside na inexistência de impedimentos matrimoniais¹⁰³.

O art. 1.521, do Código Civil assim dispõe:

[_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70005488812%26num_processo%3D70005488812%26codEmenta%3D628196+70005488812&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70005488812&comarca=PORTO+ALEGRE&dtJulg=25-06-2003&relator=Jos%20E9+Carlos+Teixeira+Giorgis](http://comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70005488812%26num_processo%3D70005488812%26codEmenta%3D628196+70005488812&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70005488812&comarca=PORTO+ALEGRE&dtJulg=25-06-2003&relator=Jos%20E9+Carlos+Teixeira+Giorgis). Acesso em 15/10/2012.

¹⁰¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 193.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 05/05/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20/10/2012.

¹⁰³ Art. 1.723 (...) § 1º 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 casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Assim, a união estável que se formar com infringência a impedimentos matrimoniais, salvo a hipótese do inciso VI, ou seja, na hipótese em que o cônjuge for separado de fato ou judicialmente, será considerada inválida, mesmo que presentes todos os requisitos do *caput* do art. 1.723, do CC.

O que se verifica é, pois, que o legislador tenta impedir a configuração da união estável nos mesmos casos prescritos para o matrimônio. Ocorre que a substancial diferença que se apresenta entre os dois institutos é que a união estável é uma situação fática, que se forma independentemente da chancela do Estado e que, por isso, não há como deixar de reconhecer tal entidade familiar quando constituída com a presença de um dos impedimentos matrimoniais.

Maria Berenice Dias¹⁰⁴ salienta que estabelecer a ausência de impedimentos para a configuração da união estável é de todo desarrazoado, pois não há como negar a união estável quando de fato ela existe, ou seja, quando estão presentes a convivência pública, contínua, duradoura, o ânimo de constituir família e o vínculo afetivo que os une.

Sustenta a autora que

Rejeitar qualquer efeito a esses vínculos e condená-los à invisibilidade gera irresponsabilidades e enseja o enriquecimento ilícito de um em desfavor do outro. O resultado é mais do que desastroso, é perverso. Nega-se divisão do patrimônio, nega-se obrigação alimentar, nega-se direito sucessório. Com isso, nada mais se estará fazendo que incentivar o surgimento desse tipo de relacionamento [...] Com ou sem impedimentos à sua constituição, entidades familiares que se constituem desfocadas do modelo oficial merecem proteção como núcleo integrante da sociedade. Formou-se uma união estável, ainda que seus membros tenham desobedecido às restrições legais¹⁰⁵.

Grande parte da doutrina se mostra relutante em reconhecer os efeitos jurídicos decorrentes da união estável aos relacionamentos formados com a presença de impedimentos

¹⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 167.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 167.

matrimoniais, sobretudo quando formado por pessoas que já são casadas. O principal argumento levantado é de que o ordenamento jurídico não admite que alguém constitua mais de uma família simultaneamente e que reconhecer o contrário atentaria contra o princípio da monogamia, que rege o Direito de Família.

Inobstante, há que se reconhecer que uniões estáveis entre pessoas casadas, ou que mantém outra união, é uma realidade social e, como tal, já vem batendo às portas do Poder Judiciário reivindicando proteção. Em razão disso, há Tribunais que estão concedendo direitos a esses relacionamentos paralelos, como se vê do seguinte julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁰⁶:

APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO. RECONHECIMENTO. PARTILHA. “TRIAÇÃO”. ALIMENTOS PARA EX-COMPANHEIRA E PARA O FILHO COMUM. Viável reconhecer a união estável paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. Caso em que restou cabalmente demonstrada a existência de união estável entre as partes, consubstanciada em contrato particular assinado pelos companheiros e por 03 testemunhas; e ratificada pela existência de filho comum, por inúmeras fotografias do casal junto ao longo dos anos, por bilhetes e mensagens trocadas, por existência de patrimônio e contabancária conjunta, tudo a demonstrar relação pública, contínua e duradoura, com claro e inequívoco intento de constituir família e vida em comum. Reconhecimento de união dúplice que impõe partilha de bens na forma de “triação”, em sede de liquidação de sentença, com a participação obrigatória da esposa formal. Precedentes jurisprudenciais. Ex-companheira que está afastada há muitos anos do mercado de trabalho, e que tem evidente dependência econômica, inclusive com reconhecimento expresso disso no contrato particular de união estável firmado entre as partes. De rigor a fixação de alimentos em prol dela. Adequado o valor fixado a título de alimentos em prol do filho comum, porquanto não comprovada a alegada impossibilidade econômica do alimentante, que inclusive apresenta evidentes sinais exteriores de riqueza. APELO DO RÉU DESPROVIDO. APELO DA AUTORA PROVIDO. EM MONOCRÁTICA. (SEGredo DE JUSTIÇA) - DECISÃO MONOCRÁTICA - (Apelação Cível Nº 70039284542, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 23/12/2010)

No entanto, esta mesma decisão não encontra amparo nos demais Tribunais pátrios. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, não cogita a possibilidade de se reconhecer uma união estável quando pré-existe um casamento ou outra união estável. Nesses casos, a relação existente é a de um concubinato e, por isso, o máximo de proteção jurídica que se atribui é a

¹⁰⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação 70039284542**. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 23/12/2010. Disponível em:

<http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70039284542%26num_processo%3D70039284542%26codEmenta%3D3937049+70039284542&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70039284542&comarca=Novo+Hamburgo&dtJulg=23-12-2010&relator=Rui+Portanova>. Acesso em: 23/10/2012.

indenização por serviços domésticos prestados, a divisão do seguro de vida e a repartição da pensão por morte com o cônjuge ou companheiro sobrevivente¹⁰⁷.

2.3 A EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO

O constituinte, ao alçar a união estável ao mesmo patamar jurídico conferido ao casamento, fez surgir dúvidas acerca da existência ou não de hierarquia axiológica entre as entidades familiares, bem como sobre a equiparação da união estável ao casamento. A respeito do tema, a doutrina divide-se, apresentando três posições diferentes.

A primeira corrente, da qual são filiados Arnold Wald¹⁰⁸, Yussef Said Cahali¹⁰⁹, José Carlos Barbosa Moreira¹¹⁰, argumenta que embora a Constituição tenha consagrado a união estável como entidade familiar, ressaltou a superioridade da família constituída pelo matrimônio, na medida em que determinou que a lei facilitasse a conversão da união estável em casamento¹¹¹. Para essa parcela da doutrina, os direitos assegurados à união estável encontram limites naqueles concedidos ao casamento que, justamente em razão de sua primazia, deve também ter assegurado todos os benefícios concedidos à primeira entidade familiar.

Neste sentido, é o escólio de Eduardo de Oliveira Leite:

Por derradeiro, poder-se-ia afirmar que, a tão só arguição do art. 226, *caput*, da Constituição Federal espanca qualquer possibilidade de equiparação entre as duas figuras. O casamento (civil) não foi abolido como base legal da constituição da família e, quando a Constituição fala em “conversão”, não consegue disfarçar sua preferência por aquela forma de constituição da família, em detrimento a todas as demais¹¹².

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 53.

¹⁰⁸ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 242.

¹⁰⁹ CAHALI, Yussef Said. Do direito de alimentos no concubinato. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 17.

¹¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo código civil e a união estável. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org). **Família e Sucessões: entidades familiares**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1043.

¹¹¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹¹² Concubinato frente á nova Constituição: hesitações e certezas. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 99.

Pelos mesmos motivos, argumenta Maria Helena Diniz que a intenção do legislador nunca foi de equiparar as duas entidades familiares, mas tão somente de realizar uma aproximação da união estável ao casamento:

Logo, não há nenhuma pretensão de substituir o casamento pela união permanente ou de equiparar ambos, mesmo porque só se poderia converter o desigual. Incorpora assim a família de fato, oriunda de concubinato puro, sem contudo regulamentá-la, aproximando-a do casamento, tendo em vista que, com a integração legislativa, permitir-se-ão as pessoas que tenham um convívio estável certas garantias, direitos e obrigações, desde que o convertam em casamento¹¹³.

A autora ainda aduz que a Constituição Federal não determinou que se equiparassem os direitos concedidos aos cônjuges aos companheiros, mas somente que a lei simplificasse ou facilitasse a conversão da união estável em casamento. Em razão disso, a autora chega ao absurdo de sustentar a inconstitucionalidade das leis e dispositivos que concedem os mesmos direitos dados aos cônjuges aos companheiros¹¹⁴.

Áurea Pimentel Pereira, também defendendo a superioridade do matrimônio, tece contundentes críticas a respeito da inclusão da união estável ao lado daquela espécie de família:

Em sendo como é, insista-se o concubinato um fato natural, que sempre esteve fora da lei, que à ordem pública jamais pode interessar, soa absurda a inclusão, no ordenamento constitucional, de norma expressa para discipliná-la, muito menos, com clara preocupação, que na referida norma se lê, se sugerir para a união estável – embora, na verdade sem efetivamente estabelecer – o mesmo tratamento dispensado pela lei à família legítima, de tal ideia de assemelhação tendo resultado engrandecida a primeira e enfraquecida a segunda¹¹⁵.

Para a autora, a união estável não pode ser tratada sob a mesma ótica da família formada pelo matrimônio, pois aquela é mera situação de fato, que não interessa à ordem pública. Assim, conclui a jurista referindo que “a grande brecha aberta em nossa Carta Política de 1998, com a verdadeira constitucionalização das uniões de fato, em uma quase simetria com o casamento, foi, nosso entender uma absoluta infelicidade.”¹¹⁶

Assim também entende Arnold Wald, para qual a Constituição Federal ao dispor sobre a proteção da família de fato ou natural, não previu qualquer equiparação àquelas decorrentes

¹¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v. 5. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 435.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 436.

¹¹⁵ PEREIRA, Áurea Pimentel. **Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 145-146.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 145-146.

do casamento. Sustenta o autor que se o objetivo do constituinte fosse equiparar a família extramatrimonial à família matrimonializada, não haveria razão para determinar que a lei facilitasse a conversão da união estável em casamento. Nas palavras do autor:

Foi concedida, portanto, proteção constitucional às famílias de fato, ou naturais, sem que tal signifique a sua equiparação às famílias legítimas ou constituídas pelo matrimônio. Tanto é assim que o dispositivo constitucional determina que a lei deverá facilitar a conversão das uniões estáveis em casamento. A necessidade de conversão, ou o incentivo a ela, exclui evidentemente a equiparação da união estável ao casamento¹¹⁷.

De outra banda, parte da doutrina sustenta não haver equiparação da união estável ao casamento pelo mesmo motivo da ressalva em se determinar a facilitação daquela nesta última, contudo não admitem que a Constituição Federal tenha dado preferência a uma, em detrimento de outra entidade familiar.

Dentre os defensores deste posicionamento está Gustavo Tepedino, o qual entende que o casamento possui uma dualidade conceitual e que o constituinte valeu-se dela para dispor sobre o casamento ora como sendo o ato jurídico formal, fundador da família, ora uma relação jurídica familiar, que decorre não somente da solenidade, mas também da convivência afetiva¹¹⁸.

Para o autor, quando o constituinte estendeu proteção estatal às famílias constituídas à margem do casamento, valia-se do conceito de relação jurídica familiar. Assim, tanto a união estável, como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, equipara-se ao casamento no sentido de relação jurídica formadora de família. Por outro lado, sustenta que quando o constituinte dispôs que a lei facilitaria a conversão da união estável em casamento, se referiu tão somente à solenidade que constitui a família. Assim, Gustavo Tepedino interpreta o §3º, do art. 226 da Constituição Federal como sendo fruto da preocupação do constituinte em dar segurança jurídica às relações familiares:

Completamente diversa é a tutela do casamento como ato jurídico solene, protegido prioritariamente pelo ordenamento porque (só ele) capaz de trazer absoluta segurança para as relações patrimoniais e não patrimoniais que inaugura, com a constituição da família (...). Daí igualmente o porquê da determinação ao legislador ordinário no sentido de facilitar a conversão em casamento das uniões estáveis (art. 226, §3º). Ou seja, quis o constituinte que o legislador ordinário facilitasse a transformação (do título de fundação) formal das entidades familiares, certe de que,

¹¹⁷ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 242.

¹¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares**. Disponível em: <<http://d.yimg.com/kq/groups/15017587/813150887/name/GUSTAVO+TEPEDINO+Rela%C3%A7%C3%B5es+Familiares.pdf>>. Acesso em: 15/06/2012.

com o ato jurídico solene do casamento, seriam mais seguras as relações familiares¹¹⁹.

E continua:

Não pretendeu, com isso, o constituinte criar famílias de primeira ou segunda classe, já que previu, pura e simplesmente, diversas modalidades de entidades familiares, em igualdade de situação. Pretendeu, ao contrário, no sentido de oferecer proteção igual a todas as comunidades familiares, que fosse facilitada a transformação do título das uniões estáveis, de modo a que a estas pudesse ser estendido o regime jurídico peculiar às relações formais¹²⁰.

Dessa forma, conclui o autor que as famílias constituídas a partir do casamento e da união estável não diferem em sua essência, pois são baseadas nos mesmos vínculos de afeto, respeito e solidariedade. O que as difere, não obstante, é sua forma de constituição e, por isso, tudo que depender do ato solene, inerente ao matrimônio, não poderá ser aplicado à união estável.

Em semelhante posição, Francisco José Cahali entende que para efeito de proteção do Estado, há equiparação plena da união estável ao casamento, com eficácia imediata da norma às relações exteriores da relação. Isso significa que os efeitos externos da união estável, para o Estado e para a sociedade, são idênticos aos do casamento. Contudo, para os efeitos internos da relação, especificamente quanto aos direitos e obrigações recíprocas entre os conviventes, em razão do silêncio da norma constitucional, o autor defende que não há como se aplicar as mesmas regras destinadas ao casamento, sendo imperiosa a edição de legislação própria e específica para tutelar os companheiros¹²¹.

Desse mesmo modo, leciona José Sebastião de Oliveira¹²² que, a despeito de reconhecer que em relação ao Estado não há diferenciação entre as diversas espécies de família, defende a inexistência de equiparação da união estável ao casamento no que se refere ao direito material. Contudo, assevera que o constituinte

Não teve pejo de deixar claro a sua preferência pelo casamento, enquanto relação mais estável. Deixa um regime de liberdade entre casamento e união estável conferindo igual e exata proteção a ambos, porque reconhece neles formas de

¹¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares**. Disponível em: <<http://d.yimg.com/kq/groups/15017587/813150887/name/GUSTAVO+TEPEDINO+Rela%C3%A7%C3%B5es+Familiares.pdf>>. Acesso em: 15/06/2012.

¹²⁰ *Idem*.

¹²¹ CAHALI, José Francisco. União Estável e Alimentos entre companheiros. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 26. apud OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 223 – 224.

¹²² OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 159-160.

constituição familiar. Mas é como se dissesse àqueles que se unem estavelmente: “se puderem e se quiserem converter essa união em casamento, tanto quanto melhor”¹²³.

Por fim, a posição que mais se adequa aos preceitos constitucionais é aquela que entende que a Carta Magna, ao conferir o *status* de entidade familiar à união estável, a equiparou à instituição do matrimônio.

Maria Berenice Dias, com propriedade, afirma que a Constituição Federal, ao elevar a união estável ao mesmo plano jurídico do casamento, equiparou ambas as entidades familiares, pois não dispensou qualquer tratamento diferenciado entre elas. Salienta ainda a autora que o fato de a Constituição Federal ter mencionado antes o casamento, depois a união estável e por último a família monoparental não significa que tenha dado preferência ou prioridades a qualquer uma delas¹²⁴.

Também nesse sentido, entende Ana Luiza Maia Nevares¹²⁵ que não se pode admitir que o casamento seja hierarquicamente superior à união estável, pois todos os organismos sociais que constituem família têm a mesma função de promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros e, portanto, proteger algumas pessoas em detrimento das outras, afronta diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Sustenta a autora que cada indivíduo é livre para escolher o modo como formará sua família, não podendo haver preterição de direitos em virtude de tal escolha¹²⁶.

Para Belmiro Pedro Welter, não se pode dar tratamento desigual ao casamento e à união estável, uma vez que ambas possuem como essência a família e, por isso, constituem entidades familiares com a mesma indumentária jurídica¹²⁷. Defende o autor que equiparar a união estável ao “casamento é compreender a tradição da família, a Constituição e a realidade do mundo da vida, mergulhados na realidade social, e não acorrentados ao medievo, quando somente era visto o interesse patrimonial, o mundo normatizado genético”¹²⁸.

¹²³ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 183.

¹²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 160

¹²⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no código civil de 2002: uma abordagem à luz do direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 36, p. 139-169, jun/jul, 2006. p.157.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 158.

¹²⁷ WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 282.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 282.

Para o autor, a união estável é, assim como o casamento, mais uma forma de ser-em-família¹²⁹, razão pela qual deve ter assegurado todos os direitos e deveres próprios da convivência familiar.

Entretanto, a única diferença que se apresenta entre a união estável e o matrimônio se refere à prova da relação¹³⁰. Enquanto no casamento a prova do vínculo conjugal é pré-constituída, pois existe a certidão de casamento, na união estável, a prova, na grande maioria das vezes¹³¹, se faz somente após a dissolução da união estável, gerando, é claro, mais insegurança jurídica. Assim, explica Belmiro Pedro Welter¹³² que a Constituição Federal, quando deu a opção de se converter a união estável em casamento, quis transformar a questão fática em questão de direito. Em outras palavras, o casamento teria o condão de tornar a união estável prova material pré-constituída, através da certidão de casamento.

Com efeito, quando a Constituição Federal determina que a lei facilite a conversão da união estável em casamento, não está dando supremacia ao matrimônio, mas liberdade de escolha para que aqueles que preferem casar possam fazer sem maiores dificuldades¹³³. Assim, não se pode negar a equiparação da união estável ao casamento sob o fundamento de que o constituinte distinguiu as duas entidades familiares, quando consignou a possibilidade de se converter a união estável em matrimônio.

Sobre esta constatação, Zeno Veloso afirma que:

Convém esclarecer que a Constituição, ao sinalizar que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, não está estabelecendo hierarquia, precedência ou preferência entre essas duas formas de constituição de família. Uma conclusão nesse sentido não tem base histórica ou sociológica e se choca com os fundamentos, o todo orgânico, o próprio ideário, liberal, igualitário, solidário e democrático da Carta Magna. O que ela quer, simplesmente, é que, se os conviventes resolverem casar, que esse objetivo seja facilitado, dispensando-se os que já vivem juntos, em união estável, como entidade familiar, de algumas exigências que são prescritas para os que não exibem tal condição.

Como sustenta Paulo Luiz Netto Lobo¹³⁴, o § 3º, do art. 226, da Constituição Federal não exige qualquer requisito para que se considere existente a união estável, nem condiciona

¹²⁹ WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 282.

¹³⁰ WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável**. 6. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 38.

¹³¹ A prova pré-constituída na união estável seria a escritura pública de pacto patrimonial ou de escolha do regime de bens.

¹³² *Ibidem*, p. 38.

¹³³ JÚNIOR, Aldemiro Rezende Dantas. Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 7. n. 29, p. 128-143, abr/mai, 2005. p. 139.

¹³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14/07/2012.

sua validade ou eficácia à conversão em casamento. Para ele, tal dispositivo constitui apenas um comando dirigido ao legislador ordinário para que remova os obstáculos e dificuldades que os companheiros que desejam casar possam ter.

A inexistência de hierarquia entre as entidades familiares justifica-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, defende o autor¹³⁵, que a Constituição Federal ao reconhecer o pluralismo familiar, instituiu o princípio da igualdade entre as diversas entidades familiares. Desse modo, cada pessoa tem a liberdade de escolher qual é a espécie de família que melhor corresponde às suas realizações pessoais e essa decisão cabe tão somente ao próprio indivíduo. Em razão disso, não pode o legislador dar supremacia a um tipo de família, sob pena de violar o princípio da dignidade da pessoa humana, do qual decorre o princípio da liberdade de escolha.

Embora não se desconheça que o casamento, por ser um negócio jurídico formal, dá mais segurança jurídica às relações conjugais, não se pode utilizar deste argumento para exaltar a sua superioridade perante à união estável. É certo que o casamento e a união estável não são entidades familiares iguais, pois se diferem, fundamentalmente, pela forma de sua constituição. No entanto, tal fato não tem o condão de legitimar a atribuição de direitos a uma, em detrimento da outra. Os dois arranjos familiares, por serem fundados nos mesmos sentimentos que unem um casal, quais sejam, o vínculo afetivo, a vontade de constituir família, o carinho e a solidariedade, devem ser tratados com paridade.

A Constituição Federal igualou as diversas entidades familiares e lhes concedeu igual proteção. Assim, não se pode querer atribuir menos direitos a quem escolheu viver em união estável, somente pelo fato de que nessa relação conjugal não existe a marca da oficialidade. É preciso atentar para o fato de que a própria sociedade não mais faz distinção entre os casados e os companheiros. E, se a sociedade não mais vê com olhares discriminatórios aqueles que escolhem não casar, não pode a Constituição Federal querer dar-lhes tratamento desigual.

Assim, com segurança se pode afirmar que a Constituição Federal, quando disse que a lei deveria facilitar a conversão da união estável em casamento, o fez tão somente com o intuito de agilizar o processo para aqueles que já formaram uma família, dispensando-os, por exemplo, da solenidade do casamento. Não se pode olvidar que proteger certas pessoas em prejuízo de outras quando não há uma relação de desigualdade entre elas, afronta diretamente a dignidade da pessoa humana, que é um dos princípios basilares da própria Constituição.

¹³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas:** para além do numerus clausus. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14/07/2012.

2.4 OS DIREITOS ASSEGURADOS AOS COMPANHEIROS NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA E NA LEGISLAÇÃO ESPARSA

A despeito do tratamento restritivo observado no Código Civil de 1916, as uniões de fato, formadas entre homens e mulheres, tiveram reconhecidos alguns direitos tanto antes, como depois do advento da Constituição Federal de 1988.

O legislador ordinário, visando implementar os princípios constitucionais referentes à família brasileira, modificou o ordenamento jurídico pátrio para inserir o companheiro como sujeito de direito merecedor da mesma tutela jurídica dispensada ao cônjuge. Assim, cumpre assinalar que os direitos assegurados aos conviventes estão elencados não só no Código Civil, mas também em diversas legislações esparsas.

Com efeito, o que se observa nestes casos é que o legislador, de fato, reconheceu a equiparação da união estável ao casamento, assegurando um tratamento paritário às duas entidades familiares, como previsto na Constituição Federal, no §3º do art. 226. Passaremos, portanto, a analisar os principais direitos conquistados pelos companheiros, que tratam a união estável e o casamento de forma isonômica.

No âmbito do direito de família, o legislador ordinário, em muitos pontos, equiparou os efeitos da união estável aos do casamento, prevendo, por exemplo, direitos e deveres idênticos aos atribuídos ao matrimônio. Ou seja, as consequências patrimoniais e pessoais da relação estável são iguais às dos cônjuges.

Assim, são direitos e deveres¹³⁶ o respeito e a lealdade, assistência moral e material recíproca e a guarda, sustento e educação dos filhos.

A seguir, no art. 1.725¹³⁷, vem previsto que o regime legal de bens atribuído à união estável será o da comunhão parcial de bens, salvo se se estipular, em contrato de convivência, o contrário. Isso significa que, assim como no casamento, os bens adquiridos onerosamente, na constância da união estável, serão de propriedade comum do casal, configurando o direito de meação do companheiro sobre esses bens.

Mesmo antes da Constituição Federal, quando ainda não se reconheciam direitos de família às uniões extramatrimoniais, já se admitia, por força da Súmula 380 do Supremo

¹³⁶ Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

¹³⁷ Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Tribunal Federal¹³⁸, que o acervo adquirido durante o concubinato fosse partilhado, desde que tivesse resultado do esforço comum dos concubinos. No entanto, a redação da referida Súmula foi motivo de grandes discussões na doutrina, especificamente sobre o alcance do termo “esforço comum”. Parte da doutrina dizia que o esforço comum, em verdade, exigia o desempenho de uma atividade lucrativa por parte da concubina; outros autores, por outro lado, sustentavam que os afazeres domésticos realizados pela concubina também colaborava para o enriquecimento de seu companheiro, de modo que era possível a partilha dos bens adquiridos durante esse período. No entanto, os Tribunais, em sua maioria, exigiam a prova robusta do concurso da concubina na aquisição do patrimônio, sendo raras as decisões que reconheciam o direito à partilha do patrimônio sem a demonstração de sua colaboração¹³⁹.

Essa inexatidão perdurou até o advento da Lei nº 9.278/96¹⁴⁰, a qual estabeleceu presunção relativa de serem comuns os bens adquiridos pelos conviventes, na vigência da união estável.

Com o Código Civil de 2002, tornou-se definitiva a condição de meeiro do companheiro, que se tornou “patrimonialmente equiparado ao cônjuge”¹⁴¹. Assim, se um bem é adquirido por um dos companheiros, ele, de imediato, se transforma em propriedade comum, devendo ser partilhado quando da dissolução da união estável.

Como refere Rodrigo da Cunha Pereira¹⁴², o casamento é o mais forte paradigma de constituição de família e, por isso, para a regulamentação das relações patrimoniais na união estável, o regime de bens do casamento foi tomado como referência. Assim, consolidou-se que, ressalvada estipulação em contrário, o regime de bens aplicável à união estável é o da comunhão parcial, que significa dizer que apenas os bens adquiridos a título oneroso após o início da relação é que são partilhados quando de sua dissolução. Ou seja, o Código Civil consolidou a inexigibilidade de prova acerca do esforço comum, bastando que seja

¹³⁸ Súmula 380 STF: “Comprovada a sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0380.htm>. Acesso em: 14/08/2012.

¹³⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. v. 6. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 292.

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 170.

¹⁴² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Novo Código e legislação correlata da família**. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 193.

comprovada a união estável para que o patrimônio amealhado durante a convivência seja automaticamente partilhado.

Outra inovação trazida pelo Código Civil de 2002 diz respeito ao parentesco por afinidade, que antes se restringia aos vínculos conjugais. A importância desse direito se revela frente aos direitos e obrigações que deles decorrem, na medida em que, mesmo após dissolvida o matrimônio ou a união estável, o parentesco em linha reta por afinidade se mantém, subsistindo, portanto, a obrigação alimentar, bem como os impedimentos matrimoniais¹⁴³. Ora, a inclusão de vínculos de afinidade aos partícipes da união estável, reforça a intenção do legislador em proteger a união estável como entidade familiar equiparada ao casamento.

Outro efeito bastante importante, que decorre do dever de assistência moral e material entre os companheiros, diz respeito à possibilidade de se pleitear alimentos.

Como já exposto, antes da Constituição Federal de 1988, os efeitos decorrentes da união estável eram tratados no campo do Direito Obrigacional, sendo-lhes aplicadas, portanto, as regras da sociedade de fato. Entendia-se que, como a obrigação alimentar derivava do princípio da solidariedade familiar, que pressupõe a existência de relação de parentesco ou de casamento¹⁴⁴, era inconcebível estender esse direito aos partícipes das relações de fato¹⁴⁵. No entanto, no intuito de evitar injustiças, os Tribunais pátrios começaram a conceder à concubina, indenização por serviços domésticos prestados, ancorados no art. 1.216, do Código Civil de 1916¹⁴⁶.

Como observa Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, “a indenização por serviços domésticos revestia-se, na verdade, de um artifício dos julgadores para suplantar uma obrigação alimentar inexistente no plano jurídico”¹⁴⁷. Ou seja, para que a companheira não ficasse totalmente desamparada, concedia-lhe uma obrigação tipicamente alimentar disfarçada de uma indenização por serviços prestados.

¹⁴³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 310-320.

¹⁴⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 73.

¹⁴⁵ CAHALI, Yussef Said. Do direito de alimentos no concubinato. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 10.

¹⁴⁶ Art. 1.216. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.

¹⁴⁷ CHAVES, Sérgio Fernando Vasconcellos. A família e a união estável no novo Código Civil e na Constituição Federal. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord). **Direitos Fundamentais do Direto de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 393.

Após a consagração da união estável como entidade familiar, foi editada a Lei nº 8.971/94¹⁴⁸ que concedeu aos companheiros o direito a alimentos, desde que o devedor fosse solteiro, separado, divorciado ou viúvo e que a união estável tivesse durado mais de 5 anos ou que tivesse surgido prole. Em seguida, com a Lei nº 9.278/96, ficou estabelecido no art. 7º que “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”.

Como refere Rodrigo da Cunha Pereira¹⁴⁹, esse artigo veio complementar a legislação anterior, na medida em que distinguiu a dissolução da união estável, oriunda da separação, daquela ocorrida pela morte de um dos companheiros.

O Código Civil de 2002, por sua vez, no art. 1.694¹⁵⁰, apenas abrigou as normas estabelecidas pelas legislações acima referidas, dando ao companheiro, em posição de igualdade com o cônjuge e outros parentes, o direito de pleitear alimentos, bastando para tanto a prova da necessidade do benefício. Da interpretação do referido artigo, denota-se que o legislador quis aplicar à obrigação alimentar decorrente da dissolução da união estável os mesmos princípios e regras aplicáveis à dissolução do matrimônio, o que demonstra que, também para efeitos de obrigação alimentar, a união estável equipara-se ao casamento, e os conviventes aos cônjuges.

Também no que se refere ao bem de família, as mesmas garantias dadas aos cônjuges foram estendidas a todas as entidades familiares¹⁵¹, incluindo-se, portanto, a união estável. Assim, o imóvel da família constituída por meio da união estável, usado para fins residenciais, é, da mesma forma como estipulado ao cônjuge, impenhorável, de onde se evidencia o intuito do legislador em proteger a família originada de uniões extramatrimoniais.

Conclui-se, assim, que no âmbito do direito de família, o legislador procurou equiparar em direitos e deveres os partícipes da união estável aos cônjuges. O mesmo também se

¹⁴⁸ 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.

¹⁴⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 86.

¹⁵⁰ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

¹⁵¹ Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial. Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.

constata em relação a outros ramos do Direito, os quais procuraram dar tratamento isonômico às duas entidades familiares, por meio de legislação esparsa.

O campo do direito previdenciário, no que tange ao reconhecimento da união estável, sempre esteve à frente das outras esferas do Direito, pois, mesmo antes do advento do Código Civil de 1916, já atribuía direitos às companheiras¹⁵².

No entanto, foi com o Decreto nº 20.465, de 1931, que se consolidou o entendimento de que a concubina também teria direito a receber benefícios da Previdência Social. Com isso, as legislações e os decretos¹⁵³ que se seguiram foram concretizando essa evolução até que, em 1973, sobreveio a Lei nº 5.890 que adotou o prazo de cinco anos para que a companheira, em comunhão de vida e habitação, se tornasse beneficiária da Previdência Social¹⁵⁴. Note-se que o referido prazo, estipulado no âmbito do direito previdenciário, foi, por muito tempo, utilizado por outros ramos do Direito para o reconhecimento da união estável.

Após o advento da Constituição Federal, veio a Lei nº 8.213/1991 que regulamentou a Previdência Social, colocando o companheiro na posição de dependente de primeira classe, ao lado do cônjuge, e com a presunção relativa de dependência econômica.

A colocação do companheiro e do cônjuge como integrantes da primeira classe se funda no dever de assistência, previsto no art. 1.724¹⁵⁵ e no art. 1.566¹⁵⁶, inciso III, ambos do Código Civil, que, por sua vez, encontra amparo no princípio da solidariedade familiar, inerente a qualquer espécie de família¹⁵⁷.

Cumpre registrar, que muito embora o art. 16, da Lei nº 8.213/91, no § 3º, mencione que a noção de companheiro usada é aquela estabelecida pelo § 3º, do art. 226, da Constituição Federal, ao mesmo tempo prevê que somente serão considerados companheiros as pessoas que não forem casadas. No entanto, adverte Guilherme Calmon Nogueira da

¹⁵² Segundo refere Rodrigo da Cunha Pereira, o Decreto nº 2.681, de 1912 assegurava à concubina, indenização por morte do companheiro nas estradas de ferro. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 90).

¹⁵³ O Decreto nº 24.637, de 10 de julho de 1934 utilizou, pela primeira vez, a palavra companheira, para fins de equipará-la à esposa. Já em 10 de novembro de 1944, sobreveio o Decreto-Lei nº 7036, que assegurou às companheiras o direito à indenização por morte do trabalhador.

¹⁵⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 90.

¹⁵⁵ Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

¹⁵⁶ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

¹⁵⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O direito de família na Justiça Federal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Família e Responsabilidade: teoria e prática do direito de família**. Porto Alegre: Magister, 2010. p. 342.

Gama¹⁵⁸, que tal regra deve ser interpretada de modo a não se admitir o reconhecimento de benefícios previdenciários às pessoas envolvidas em uma relação concubinária, entendida aquela proveniente da relação adúltera, pois, caso contrário, dever-se-ia reconhecer a inconstitucionalidade da expressão, tendo em vista que Constituição inclui a pessoa casada, mas separa de fato há mais de dois anos, no conceito de companheiro.

Conclui-se, assim, que no, âmbito do direito previdenciário, a entidade familiar da união estável já conseguiu ser reconhecida como espécie de família digna de tratamento idêntico ao dado à família matrimonializada. Neste ponto, Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁵⁹ não só reconhece e louva o tratamento igualitário dispensado ao companheiro, como também atribui ao Direito Previdenciário o fato de o companheirismo ter se assentado como realidade jurídica e ter deixado de ser estigmatizado e discriminado, sendo percebido agora como fato gerador de família.

Entretanto, embora o direito previdenciário tenha sido pioneiro na atribuição de direitos aos conviventes, diversas outras legislações estendem os mesmos direitos dados aos cônjuges aos partícipes da união estável. É o que ocorre, por exemplo, na Lei nº 8.245/91¹⁶⁰, Lei das Locações, que, assim como ao cônjuge, assegura ao companheiro o direito de prosseguir com a locação do imóvel, quando da dissolução da união estável. Assim também o fez a Lei sobre o Imposto de Renda, que, em seu art. 77, §1º, considera o companheiro ou companheira como dependentes, para efeitos de dedução do rendimento tributável. A Lei de Registro Civil, por seu turno, também possibilitou à companheira a inclusão do sobrenome do companheiro ao seu, conforme estabelece o art. 57, § 2º¹⁶¹, da Lei nº 6.015/1973.

O que se percebe dessa análise, por óbvio, não exaustiva dos direitos atribuídos aos companheiros, é que o legislador ordinário procurou, em muitos ramos do Direito, tutelar a união estável à semelhança do casamento, sem fazer distinções entre as duas espécies de família. No entanto, no que se refere ao Direito sucessório, o mesmo não se verifica, haja vista que o companheiro figura em situação de completa desvantagem quando comparado ao

¹⁵⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O direito de família na Justiça Federal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Família e Responsabilidade: teoria e prática do direito de família**. Porto Alegre: Magister, 2010. p. 348.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 348.

¹⁶⁰ Art. 12. Em casos de separação de fato, separação judicial, divórcio ou dissolução da sociedade concubinária, a locação prosseguirá automaticamente com o cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel..

¹⁶¹ Art. 57, § 2º: A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambos.

cônjuge. Este é, portanto, o ponto nodal do presente trabalho, o qual passaremos a analisar no capítulo que se segue.

3 O TRATAMENTO DESIGUAL DISPENSADO AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

O presente capítulo tem por objetivo demonstrar as desigualdades que a legislação infraconstitucional, em especial o Código Civil de 2002, impõe quando trata do direito sucessório dos cônjuges e dos companheiros.

Como visto, a Constituição Federal, ao elevar a união estável ao mesmo patamar jurídico ocupado pelo casamento, concedeu os mesmos efeitos jurídicos a ambas as entidades familiares. No entanto, estudando o assunto se percebe que o legislador infraconstitucional dispensou tratamento sucessório desigual ao cônjuge e ao companheiro, ora deferindo vantagens a um, ora ao outro.

3.1 A SUCESSÃO DO CÔNJUGE

O direito sucessório no Brasil, até o advento do Código Civil de 1916, era tutelado pelas Ordenações Filipinas que privilegiavam, na ordem de vocação hereditária, o parentesco e a proximidade de graus entre o falecido e os herdeiros. Por essa razão, estabelecia-se que os primeiros a serem chamados a suceder seriam os descendentes, seguidos dos ascendentes e na falta de uns e outros, os colaterais até o décimo grau. O cônjuge somente herdava caso não houvesse qualquer parente apto a suceder e se, ao tempo da morte do outro, viviam juntos¹⁶², o que raramente se verificava, tendo em vista a extensa lista de colaterais que poderiam ser chamados à sucessão¹⁶³.

Sob a égide do Código Civil de 1916, o cônjuge passa a ocupar a terceira posição¹⁶⁴ na ordem da vocação hereditária. No entanto, o mesmo não era incluído no rol de herdeiros necessários, gozando de tal posição apenas os descendentes e ascendentes. Assim, o cônjuge sobrevivente era somente herdeiro legítimo facultativo, o que não lhe garantia o recebimento de patrimônio quando da morte de seu parceiro¹⁶⁵, pois esse podia dispor de toda a parte disponível quando não tivesse deixado descendentes e ascendentes¹⁶⁶.

¹⁶² VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 17.

¹⁶³ OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 24 - 25

¹⁶⁴ Essa mudança foi determinada pelo Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907, conhecido como Lei Feliciano Pena. Além de colocar o cônjuge em terceira posição na ordem de vocação hereditária, a referida Lei limitou a vocação dos colaterais ao 6º grau

¹⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 49.

¹⁶⁶ OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 24-27.

O Código Civil de 1916, com as modificações operadas pelo Estatuto da Mulher Casada¹⁶⁷, concedeu ao cônjuge sobrevivente, nos §1º e §2º, do artigo 1.611¹⁶⁸ o direito de usufruir dos bens deixados aos descendentes ou ascendentes, através do usufruto viual e do direito real de habitação. O usufruto viual, no entanto, era concedido apenas se o regime de bens adotado não fosse o da comunhão universal e seria deferido sobre um quarto dos bens devidos aos descendentes e sobre a metade dos destinados aos ascendentes. Por outro lado, o direito real de habitação era concedido apenas ao viúvo casado sob o regime da comunhão universal e desde que não houvesse outro imóvel residencial a ser inventariado. Neste passo, observa-se que o Código Civil de 1916, na regulamentação do direito sucessório, valorizava o vínculo consanguíneo em detrimento vínculo conjugal, demonstrando, mais uma vez, o desinteresse em proteger as relações familiares fundadas no afeto¹⁶⁹.

O Código Civil de 2002, no que se refere ao direito sucessório, não foi muito inovador, na medida em que se limitou, muitas vezes, a copiar as disposições do antigo Código, deixando de disciplinar as sucessões à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana¹⁷⁰. Além de criar situações discriminatórias, o novo Código, quando dispôs acerca da sucessão do cônjuge, criou controvérsias e foi omissivo em diversas situações, o que deu margem ao florescimento de inúmeras interpretações, dificultando a aplicação justa do direito. Não se pode deixar de mencionar, entretanto, que o Código Civil de 2002, naquilo que inovou, procurou dar proteção mais efetiva ao cônjuge¹⁷¹, o colocando em posição consideravelmente melhor que aquela que ocupava no antigo Código Civil.

Um dos grandes privilégios que foi conferido ao cônjuge, no artigo 1.845¹⁷², foi o direito de não ser excluído da sucessão, pois agora ostenta a condição de herdeiro necessário.

¹⁶⁷ Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962.

¹⁶⁸ Art. 1.611 - A falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.

§ 1º O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho dêste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do "de cujus".

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

¹⁶⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no código civil de 2002: uma abordagem à luz do direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 36, p. 139-169, jun/jul, 2006. p. 142.

¹⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 31.

¹⁷¹ ANTONINI, Mauro. Livro V: do direito das sucessões. In: PELUSO, Antônio Cezar (Coord). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 2061.

¹⁷² Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Isso significa que o cônjuge supérstite tem direito à metade da herança¹⁷³, caso não existam descendentes e ascendentes para receber; e essa qualidade de herdeiro necessário independe do regime de bens pactuado no casamento¹⁷⁴. Assim, mesmo os casais que escolheram contrair núpcias sob o regime de separação convencional de bens ou aqueles que por lei devem casar em regime de separação obrigatória, também são considerados herdeiros necessários do falecido, fazendo jus, portanto, ao recebimento da totalidade da herança, caso ausente outros herdeiros.

Outro benefício conferido ao cônjuge pelo novo Código Civil foi a possibilidade de participação na sucessão em concorrência com os descendentes e ascendentes, na chamada concorrência sucessória¹⁷⁵, que significa, na realidade, a possibilidade de o cônjuge ter direito a uma fração da herança, mesmo que existam outros herdeiros que o antecedam na sucessão¹⁷⁶. Estabeleceu-se, assim, nas palavras de Giselda Hironaka, “a possibilidade de o cônjuge sobrevivente concorrer com os herdeiros de outra classe, sem que, com isso, se tenha desvirtuado a coordenação preferencial imposta pelo legislador na classificação vocatória dos herdeiros”¹⁷⁷.

No entanto, para que o consorte sobrevivente possa gozar desse direito, é necessário, antes, analisar o regime de bens pactuado no casamento, vez que o inciso I do art. 1.829, quando trata da concorrência com descendentes, exclui os cônjuges que estiverem casados sob o regime da comunhão universal, da separação obrigatória e da comunhão parcial, se inexistirem, no acervo hereditário, bens particulares do *de cuius*.

A polêmica gerada em torno do referido artigo decorre do fato de que o inciso I não contempla todas as possibilidades de concorrência, tampouco revela um claro critério de inclusão ou exclusão do consorte sobrevivente, uma vez que começa estabelecendo a regra geral de concorrência entre descendentes e cônjuge e depois prevê três exceções ao concurso¹⁷⁸.

¹⁷³ Cabe referir que, nos termos do art. 1.830, o cônjuge somente será considerado herdeiros do falecido caso não esteja separado judicialmente ou separado de fato por mais de dois anos, exceto quando a separação se deu sem culpa do sobrevivente.

¹⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 49.

¹⁷⁵ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; (...)

¹⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 49.

¹⁷⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sistema de vocação concorrente do cônjuge e/ou companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos brasileiro e italiano. **Revista Brasileira de Família**, Porto Alegre, v. 7. n. 29. p. 45-86, abr/mai, 2005. p. 47.

¹⁷⁸ ANTONINI, Mauro. Livro V: do direito das sucessões. In: PELUSO, Antônio Cezar (Coord). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 2061.

A doutrina, discorrendo acerca do referido dispositivo, aduz que a vontade do legislador foi de assegurar o direito de concorrência ao cônjuge sobrevivente somente quando este não recebesse a meação¹⁷⁹, evitando-se, assim, a atribuição excessiva de bens, que ocorreria na cumulação do direito de herança e de meação¹⁸⁰.

A intenção do legislador, segundo Maria Berenice Dias¹⁸¹, era proteger o cônjuge de modo que ele, quando do passamento de seu parceiro, não ficasse em situação de desamparo. Desse modo, se ao consorte sobrevivente já lhe é dado o direito à meação, razão não haveria para lhe conferir ainda o direito de concorrência. Agindo assim, se estaria beneficiando excessivamente o cônjuge. Neste mesmo passo, Mauro Antonini conclui que “a regra que inspirou o legislador foi de que o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes nos bens particulares, não nos comuns. Em outras palavras, herda quando não tem meação¹⁸²”.

Seguindo essa lógica, no regime da comunhão universal o cônjuge sobrevivente tem direito a meação sobre todo o acervo patrimonial e, por isso, inexistente o direito de concorrência. Vale lembrar que a “meação não é direito hereditário, mas próprio do cônjuge, preexistente à abertura da sucessão, que decorre não da morte do *de cuius*, mas da comunhão resultante do regime de bens do casamento¹⁸³”. Assim, metade de todo o patrimônio constituído pelo casal é entregue ao cônjuge sobrevivente, incluindo tanto os bens particulares, como os adquiridos durante o matrimônio. A meação referente ao *de cuius*, por seu turno, é dividida entre seus descendentes, nada recebendo o cônjuge sobre esta parte.

A doutrina, não obstante, diverge no que se refere aos bens exclusivos¹⁸⁴ do falecido. Não há consenso se sobre os bens com cláusula de incomunicabilidade haveria direito de herança ao cônjuge sobrevivente, tal como ocorre no regime de comunhão parcial. Maria Berenice Dias entende que deve prevalecer a vontade da pessoa que clausulou os bens, ou seja, a de afastar do cônjuge o recebimento do bem. Assim, defende que os bens marcados

¹⁷⁹ Para um melhor entendimento do trabalho, cumpre esclarecer as diferenças entre o instituto da meação e da herança: A meação decorre do regime de bens e preexiste ao óbito do outro cônjuge, devendo ser apurada sempre que dissolvida a sociedade conjugal; outra coisa é a herança, que constitui a parte do patrimônio atribuída ao falecido e transmissível aos seus sucessores, dentre os quais se situa o próprio cônjuge, à falta de ou em concorrência com descendentes ou ascendentes. OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 93.

¹⁸⁰ OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 97.

¹⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 155.

¹⁸² ANTONINI, Mauro. Livro V: do direito das sucessões. In: PELUSO, Antônio Cezar (Coord). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 2061.

¹⁸³ *Ibidem*. p. 2061.

¹⁸⁴ Bens particulares do cônjuge casado pelo regime da comunhão universal são os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar e as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade.

com cláusula de incomunicabilidade não devem ser divididos a título de meação, tampouco serem entregues por meio da concorrência sucessória¹⁸⁵.

Dissentindo dessa posição, Euclides de Oliveira aduz que a exclusão do direito de concorrência do cônjuge sobrevivente, casado em regime de comunhão universal, pode lhe conduzir a uma situação de desamparo, vez que, em alguns casos, ele poderá não ter direito a meação e nem à concorrência:

Pode até mesmo ocorrer que o único bem deixado pelo autor da herança seja dessa natureza, tipicamente particular, como no exemplo de um imóvel que lhe tenha sido atribuído por doação ou herança com cláusula de incomunicabilidade (art. 1.688, I, do Código Civil). Em tal hipótese o cônjuge viúvo não terá nem meação nem direito de concorrência, o que faz vislumbrar demasiado rigor, uma vez que, se casado fosse no regime da separação convencional de bens, haveria o direito de herança sobre o imóvel daquela natureza¹⁸⁶.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Mauro Antonini, para quem o objetivo do Código Civil foi de dar proteção efetiva ao cônjuge sobrevivente, “razão pela qual não se pode interpretar a norma de modo a deixar flanco que possa dar margem à falta de proteção ao cônjuge¹⁸⁷”.

Embora bastante respeitadas as razões dos citados doutrinadores, parece-nos que, de fato, o legislador primou por atender ao desejo daquele que impôs a cláusula de incomunicabilidade sobre o bem, pois o entendimento em sentido diverso acaba enfraquecendo o instituto, tornando-o, ao fim e ao cabo, ineficaz.

A segunda exceção à regra de concorrência entre cônjuge e descendentes trazida pelo dispositivo ora em estudo, versa sobre os casados sob o regime da separação obrigatória de bens. A explicação da doutrina para essa exceção é que, exatamente pelo fato de o regime da separação obrigatória não permitir a comunicação patrimonial, se o legislador dispusesse em sentido contrário estaria abrindo brecha para a burla à imposição legal¹⁸⁸.

No que pertine ao regime da separação convencional de bens, o legislador infraconstitucional deixou de incluí-lo nas exceções previstas no inciso I do art. 1.829¹⁸⁹. Em

¹⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 155.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 109.

¹⁸⁷ ANTONINI, Mauro. Livro V: do direito das sucessões. In: PELUSO, Antônio Cezar (Coord). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 2061.

¹⁸⁸ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: será que precisamos mudar o Código Civil? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 191-222, abr/mai, 2005. p. 207.

¹⁸⁹ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação

virtude disso, parcela da doutrina entende que a omissão do legislador objetivou a inclusão do cônjuge casado pelo regime da separação pactuada no rol dos que podem concorrer com os descendentes. Neste sentido, leciona José Carlos Teixeira Giorgis:

Ora, não cabe ao intérprete criar hipóteses onde o legislador não pensou. Impositivo que não se pode argumentar além das regras restritivas e únicas capazes de excepcionar a ausência de concorrência, motivo por que, tanto na separação pactuada como no regime da participação final nos aqüestros, a condição é a mesma da comunhão parcial em que o hereditando deixou bens particulares¹⁹⁰.

No entanto, há opiniões fortes em sentido contrário defendendo que na separação convencional não deveria haver direito de herança, uma vez que as partes, quando da celebração do casamento, acordaram em não ter direitos sobre o patrimônio do outro.

Maria Berenice Dias sustenta que atribuir ao cônjuge o direito de concorrência fere a autonomia da vontade¹⁹¹ do casal, vez que estes, quando optaram pelo regime da separação de bens, escolheram não comunicá-los, afastando qualquer efeito patrimonial do casamento¹⁹².

Neste sentido, também é o entendimento esposado pela Ministra Nancy Andrighi, no Resp. nº 992.749. Aduz a eminente Ministra que a separação obrigatória de bens prevista no inciso I do art. 1.829 do Código Civil, é gênero que congrega as espécies separação legal e separação convencional de bens e que por isso não remanesce para o cônjuge casado no regime da separação pactuada de bens o direito à concorrência sucessória. Assevera ainda que:

Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, entre uma interpretação que torna ausente de significado o art. 1.687 do CC/02, e outra que conjuga e torna complementares os citados dispositivos, não é crível que seja conferida preferência à primeira solução.¹⁹³

Embora todas essas controvérsias tenham suscitado calorosas discussões doutrinárias, sem dúvida, as maiores polêmicas residem na sucessão do cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens.

obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

¹⁹⁰ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 7. n. 29, p. 88-126, abr/mai, 2005. p. 121.

¹⁹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 49.

¹⁹² *Ibidem*, p. 156.

¹⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 992.749/MS**. Recorrente: Gustavo Alves de Souza e outros. Recorrido: Paula Rosa de Souza. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 01/12/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=5015618&num_registro=200702295979&data=20100205&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em: 06/07/2012.

A primeira controvérsia diz com a parte final do inciso I, do artigo 1.829, do Código Civil, que dispõe sobre o direito de concorrência do cônjuge sobrevivente casado em regime da comunhão parcial de bens, quando houver bens exclusivos do *de cuius*. O artigo apenas menciona que os casados em regime de comunhão parcial terão direito à herança quando houver bens exclusivos do falecido no acervo hereditário; entretanto, deixa de referir sobre quais bens o cônjuge sobrevivente terá direito.

A omissão do legislador fez surgir na doutrina três interpretações divergentes.

A primeira posição doutrinária, que é a majoritariamente adotada em nosso sistema jurídico, sustenta que o direito de concorrência do cônjuge casado em regime de comunhão parcial, quando houver bens exclusivos, deve se dar somente sobre os bens particulares do falecido, posto que sobre os bens comuns, o cônjuge sobrevivente já recebe a meação, não havendo razão para que ainda concorra com os descendentes sobre tais bens¹⁹⁴.

Corroborando estas conclusões, estão as lições de Gustavo Tepedino¹⁹⁵:

Mostra-se mais consentânea com o sistema, diante da dicção do art. 1.829 do CC, a atribuição ao cônjuge do direito de concorrência tão somente na hipótese de haver deixado o *de cuius* bens particulares, limitando-se a vocação sucessória, quanto à base de cálculo, a tais bens. Em outras palavras, se o falecido, casado pelo regime da comunhão parcial de bens, não tiver deixado bens particulares, o cônjuge supérstite encontra-se em situação idêntica à do sobrevivente do regime da comunhão universal e não irá participar, conseqüentemente, da vocação hereditária.

Assim também pensa Zeno Veloso, que diz que

Se essa compreensão não prevalecer, o cônjuge vai concorrer com os descendentes do hereditando, e com relação a todos os bens da herança, praticamente em todos os casos em que o regime de bens foi o da comunhão parcial. Leia-se o art. 1.659, que enumera os bens que se excluem da comunhão, e se haverá de concluir que é impossível não ter deixado algum defunto um bem particular.¹⁹⁶

Importante referir, ainda, que na III Jornada de Direito Civil, o Conselho da Justiça Federal, no Enunciado nº 270¹⁹⁷, assentou que o cônjuge supérstite casado no regime da separação convencional de bens ou no regime da comunhão parcial e participação final nos aqüestos, caso o falecido tenha deixado bens particulares, terá direito de concorrência apenas sobre os bens exclusivos, devendo os bens comuns ser partilhados entre os descendentes.

¹⁹⁴ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 42.

¹⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre a tutela sucessória do cônjuge e do companheiro no Direito brasileiro. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 112, p. 53-63, 2011. p. 59.

¹⁹⁶ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47.

¹⁹⁷ III Jornada de Direito Civil. Brasília. Enunciados n. 270 e 226. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>>. Acesso em: 03/07/2012.

Parece-nos que essa é a posição mais acertada, pois o fato de o falecido ter deixado bens exclusivos, como se vê, é determinante para que se tenha o direito à concorrência e, assim sendo, não faria sentido condicionar o recebimento da herança à existência de tais bens e depois se conceder a herança sobre a totalidade dos bens a inventariar. Além disso, deve-se ter em mente que “o casamento pela comunhão universal revela intuito mais acentuado de completa integração patrimonial entre os cônjuges¹⁹⁸” e, por isso, não se pode dar mais direitos ao cônjuge casado em regime de comunhão parcial do que ao casado pela comunhão universal.

Embora essa seja a posição majoritariamente adotada, renomados autores defendem, com argumentos contundentes, posições contrárias.

A segunda corrente doutrinária, composta, dentre outros, por Maria Helena Diniz, Eduardo de Oliveira Leite e Francisco Cahali, sustenta que, existindo bens particulares, o consorte sobrevivente concorrerá com os descendentes sobre todo o patrimônio a inventariar, ou seja, sobre a parcela da meação referente ao *de cuius* e sobre todos os bens exclusivos deixados por ele.

Maria Helena Diniz defende esta tese, sob o argumento de que:

A lei não diz que a herança do cônjuge só recai sobre os bens particulares do *de cuius* e para atender ao princípio da operabilidade, tornando mais fácil o cálculo da partilha da parte cabível a cada herdeiro. A existência de tais bens é mera condição ou requisito legal para que o viúvo, casado sob o regime de comunhão parcial, tenha capacidade para herdar, concorrendo, como herdeiro, com descendente, pois a lei o convoca à sucessão legítima¹⁹⁹.

Essa também é a posição adotada por Ana Luiza Maia Nevares, a qual refere que “em virtude de ser a herança uma universalidade de direito, que é transmitida como um todo unitário aos sucessores (CC/2002, art. 1.791), merece prosperar a posição que defende a incidência do direito sucessório do cônjuge no caso indicado sobre toda a herança²⁰⁰”.

Nada obstante, essa posição é bastante criticada por diversos autores. Para Euclides de Oliveira “não teria sentido atribuir ao cônjuge aquinhonado com a meação a participação na

¹⁹⁸ ANTONINI, Mauro. Livro V: do direito das sucessões. In: PELUSO, Antônio Cezar (Coord). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 2062.

¹⁹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. v. 6. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 124.

²⁰⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no código civil de 2002: uma abordagem à luz do direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 36, p. 139-169, jun/jul, 2006. p. 147.

herança sobre todos os bens, pois então receberia mais que se estivesse casado no regime da comunhão universal²⁰¹».

Na mesma esteira, aduz Mauro Antonini:

Esse entendimento, porém, apegado à redação literal, acarreta grave contradição sistemática, pois, como visto, no regime da comunhão universal, o cônjuge não concorre, porque todos os bens são comuns. A se adotar esse entendimento, basta que, na comunhão parcial, haja um bem particular para o cônjuge concorrer em relação aos bens comuns inclusive, o que é de absurda incoerência, pois seria tratado mais favoravelmente do que o casado pela comunhão universal²⁰².

Por fim, a terceira corrente doutrinária, encabeçada por Maria Berenice Dias²⁰³, entende que o cônjuge sobrevivente somente terá direito a herança quando o falecido não tiver deixado bens particulares. Aduz a renomada jurista que a celeuma instaurada se deve à leitura equivocada do artigo, sustentando que a existência de um ponto-e-vírgula separa as hipóteses de concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes a depender do regime de bens do casamento. Neste ponto, vale transcrever as palavras da autora:

Em um primeiro momento o legislador ressalva duas exceções. Fazendo uso da expressão “salvo se” exclui a concorrência quando o regime do casamento é o da comunhão universal e quando o regime é o da separação obrigatória. Ao depois, é usado o sinal de pontuação ponto-e-vírgula, que tem por finalidade estabelecer um seccionamento entre duas ideias. Assim, imperioso reconhecer que a parte final da norma regula o direito concorrente quando o regime é o da comunhão parcial. Aqui abre a lei duas hipóteses, a depender da existência ou não de bens particulares. De forma clara diz o texto: no regime da comunhão parcial há a concorrência “se” o autor da herança não houver deixado bens particulares. A *contrario sensu*, se deixou bens exclusivos, o cônjuge nãoconcorrerá com os descendentes²⁰⁴.

Assim, entende a jurista, na contramão da posição majoritária da doutrina, que a parte final do inciso I, do art. 1.829 do Código Civil assegura o direito de concorrência ao cônjuge sobrevivente quando não houver bens exclusivos do falecido no acervo hereditário²⁰⁵ e nesse caso, a concorrência, por óbvio, será somente sobre os bens comuns e não sobre os particulares.

Pelos mesmos motivos, defende José Carlos Teixeira Giorgis que o cônjuge sobrevivo, quando da morte de seu parceiro, percebe apenas a meação, ficando os descendentes com a

²⁰¹ OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 108.

²⁰² ANTONINI, Mauro. Livro V: do direito das sucessões. In: PELUSO, Antônio Cezar (Coord). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 2061-2062.

²⁰³ DIAS, Maria Berenice. **Ponto-e-vírgula**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_ponto_e_v%EDrgula.pdf>. Acesso em: 02/07/2021.

²⁰⁴ *Idem*.

²⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. **Ponto final**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_ponto_final.pdf>. Acesso em: 02/07/2012.

titularidade exclusiva do acervo hereditário composto pela meação e pelo patrimônio preexistente ao casamento. Sustenta ainda o autor que:

Entender-se que a herança dos bens particulares possa ser partilhada com o cônjuge sobrevivente é visualizar enriquecimento sem causa, além da quebra do princípio norteador do direito sucessório que orienta a transmissão patrimonial seguindo os vínculos da consanguinidade, pois ditos bens foram normalmente havidos com o esforço pessoal ou colaboração dos filhos de leito anterior, que recolheriam, em regra tal patrimônio²⁰⁶.

Embora todas as correntes doutrinárias tenham argumentos de relevante valor, o que se vê, na prática, é aplicação da primeira posição abordada. Os Tribunais pátrios vêm reconhecendo que o direito de sucessório do cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens, nos casos em que o falecido tiver deixado bens exclusivos, é calculado com base apenas nos bens particulares do *de cujus*, excluindo-se, portanto, os bens sobre os quais já houve meação. Neste particular, vale citar a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÃO DO CÔNJUGE. ART. 1829, I DO CÓDIGO CIVIL. CASAMENTO SOB O REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. MEAÇÃO SOBRE OS AQUESTOS E DIREITOS HEREDITÁRIOS APENAS SOBRE OS BENS PARTICULARES. QUANDO CASADOS SOB O REGIME DA COMUNHÃO PARCIALDE BENS, A SUCESSÃO DO CÔNJUGE DEFERE-SE AO SOBREVIVENTE EM CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES APENAS EM RELAÇÃO AO BENS PARTICULARES, UMA VEZ QUE SOBRE OS BENS COMUNS, JÁ LHE TOCARÁ A MEAÇÃO. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70045853652, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 28/03/2012)²⁰⁷

No que se refere ao regime de participação final nos aquestos, o Código Civil quedou-se omissivo sobre a sucessão do cônjuge casado sob esse regime. A doutrina, mais uma vez, divide-se em três posições.

²⁰⁶ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 7. n. 29, p. 88-126, abr/mai, 2005. p. 115.

²⁰⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravado de Instrumento 70045853652**. Relator: Liselena Schifino Ribeiro. Porto Alegre, 28/03/2012. Disponível em:

<http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70045853652%26num_processo%3D70045853652%26codEmenta%3D4613413+70045853652.+++&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70045853652&comarca=Soledade&dtJulg=28-03-2012&relator=Liselena+Schifino+Robles+Ribeiro>. Acesso em: 15/10/2012.

A primeira busca assegurar ao cônjuge, no concurso com os descendentes, somente o direito à meação sobre os aqüestos. Já a segunda, que tem como defensores Euclides de Oliveira e Mauro Antonini, admite, assim como no regime da comunhão parcial, que além da meação sobre os aqüestos, o cônjuge tem direito de concorrência sobre os bens particulares do falecido²⁰⁸. Mauro Antonini aduz, ainda, que o tratamento dado ao cônjuge casado no regime da participação final nos aqüestos, seria o mesmo ao dado para o casado em comunhão parcial, pois “o legislador não omitiu intencionalmente o regime da participação final nos aqüestos, simplesmente se esqueceu de mencioná-lo²⁰⁹”.

Maria Berenice Dias, representando a terceira corrente doutrinária, sustenta que a lei determinou como regra geral a concorrência sucessória e, ao dispor sobre os regimes de bens em que a referida regra não se aplica, deixou de mencionar o regime da participação final nos aqüestos. Assim, tendo em vista que “para excluir direitos é indispensável expressa previsão legal²¹⁰”, defende a citada autora que o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da participação final nos aqüestos concorre sobre todos os bens deixados pelo falecido.

Outra questão polêmica que envolve o cônjuge sobrevivente se refere à forma como deve ser feita a partilha quando houver concorrência com descendentes.

O art. 1.832²¹¹ dispõe que caberá ao viúvo quinhão igual ao dos que sucederem por direito próprio; no entanto, quando a concorrência se der com seus próprios descendentes, a lei ressalva a garantia de ¼ da herança ao consorte. Giselda Hironaka entende que a opção do legislador se explica pela presunção legal de que a reserva da quarta parte dos bens apenas ao ascendente dos descendentes comuns (ao falecido e ao sobrevivente) retornará, mais cedo ou mais tarde, a estes mesmos descendentes, posto que serão eles os herdeiros do ascendente-herdeiro concorrente²¹².

Assim, quando o cônjuge sobrevivente concorrer com descendentes seus e do falecido, ou seja, descendentes comuns, lhe é assegurada a quarta parte do monte partível. Por outro lado, caso a concorrência se der com descendentes exclusivos do *de cuius*, é cediço na

²⁰⁸ OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 111.

²⁰⁹ ANTONINI, Mauro. Livro V: do direito das sucessões. In: PELUSO, Antônio Cezar (Coord). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 2063.

²¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 159.

²¹¹ Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

²¹² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sistema de vocação concorrente do cônjuge e/ou companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos brasileiro e italiano. **Revista Brasileira de Família**, Porto Alegre, v. 7. n. 29. p. 45-86, abr/mai, 2005. p. 54.

doutrina e na jurisprudência que o cônjuge perde essa garantia, sendo a herança dividida por cabeça, igualmente, em tantas partes quantos forem os herdeiros – cônjuge e descendentes.

A controvérsia instaurada reside na omissão do legislador quanto à reserva legal do cônjuge, nos casos em que houver filiação híbrida, ou seja, descendentes comuns e descendentes exclusivos do falecido, dando azo a diversas posições antagônicas.

A primeira interpretação, defendida por Zeno Veloso, é de que a reserva hereditária mínima não subsiste quando o falecido tiver deixado descendentes exclusivos. Nesse caso, ao cônjuge sobrevivente caberá quinhão igual ao dos descendentes que sucederam por cabeça, não havendo direito à quarta parte da herança.

Maria Berenice Dias, por seu turno, refuta os argumentos dos autores que defendem a exclusão da reserva da quarta parte, sustentando que essa posição gera prejuízos ao cônjuge sobrevivente, ao menos “frente ao direito que tem com relação aos seus filhos²¹³”. Também discorda da posição que entende que a quarta parte deve ser calculada sobre o quinhão de seus filhos, pois, segundo a autora, se estaria afrontando o princípio constitucional da igualdade, vez que todos os irmãos iriam receber quinhões diferentes²¹⁴.

Para dar uma solução ao problema, Maria Berenice Dias²¹⁵ sustenta que se deveria realizar o cálculo da média ponderada dos quinhões, resguardando a quarta parte da herança em relação aos filhos comuns e afastando quanto aos filhos exclusivos do falecido, de modo que todos os herdeiros recebam partes iguais da herança²¹⁶.

Giselda Maria Fernandes Hironaka, por sua vez, entende que a interpretação a ser adotada deve levar em consideração a *mens legis*, ou seja, a vontade do legislador, que foi, segundo a autora, a de privilegiar o cônjuge concorrente com a reserva da quarta parte da herança, apenas no caso de concorrência com herdeiros dos quais fosse ascendente²¹⁷.

A elogiada doutrinadora apresenta três propostas de solução para as ocorrências híbridas de sucessão de descendentes do grupo comum e exclusivo, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

²¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 165.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 165.

²¹⁵ Importante referir que Maria Berenice Dias, na busca pela média ponderada, se baseia na fórmula idealizada por Gabriele Tusa, demonstrada no artigo intitulado “Sucessão do Companheiro: Concorrência com Descendentes Comuns e Exclusivos do Autor da Herança”. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família**. Porto Alegre: Magister, 2010.

²¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 165.

²¹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sistema de vocação concorrente do cônjuge e/ou companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos brasileiro e italiano. **Revista Brasileira de Família**, Porto Alegre, v. 7. n. 29. p. 45-86, abr/mai, 2005. p. 55.

A primeira considera todos descendentes do falecido como se fossem comuns ao viúvo; esta solução, além de não atender ao espírito do legislador, prejudica os descendentes exclusivos do *de cujus*, na medida em que eles não mais teriam como reaver essa parte do patrimônio exclusivo.

A segunda proposta trata da identificação da filiação híbrida como se fossem descendentes exclusivos do falecido. Da mesma forma que a primeira solução, esta proposta acaba retirando a garantia da quarta parte do cônjuge, indo de encontro com a vontade do legislador.

Já a terceira proposta, apresenta a solução subdividindo-se, proporcionalmente, o monte partível sobre o qual incide a concorrência, segundo a quantidade de descendentes de cada grupo. Segundo a autora, primeiro se dividiria o monte partível em dois submontes, proporcionalmente ao número de descendentes de cada um dos grupos (comuns e exclusivos). O submonte referente aos descendentes exclusivos seria dividido em tantas quotas quantos fossem os herdeiros dessa classe, mais uma (correspondente à quota do cônjuge concorrente), entregando-se a cada um dos herdeiros o seu correspondente quinhão. O mesmo raciocínio se aplicaria ao quinhão destinado a classe de descendentes comuns. Após, se somaria as quotas destinadas ao cônjuge supérstite que deveria representar, ao menos, um quarto da herança. Se a soma resultasse menor, dever-se-ia abater do submonte atribuível aos descendentes comuns o quanto fosse necessário para atingir o equivalente a 25% do total da herança²¹⁸.

Silvio Venosa, por sua vez, entende que a garantia da quarta parte deveria remanescer, asseverando que este entendimento, além de exprimir o espírito da lei - que sempre foi o de proteger o cônjuge - é o que se afigura mais sensato e de acordo com a interpretação finalística e ética do Código²¹⁹.

Mais harmônica na doutrina é a concorrência do viúvo com ascendentes do falecido. Segundo dispõe o inciso II do art. 1.829, do Código Civil, o cônjuge sobrevivente, na ausência de descendentes, concorre com os ascendentes, independentemente do regime de bens do casamento e sobre todo o monte-mor deixado pelo *de cujus*. Assim, seja qual for o regime ou a origem dos bens, o cônjuge concorrerá com os ascendentes do falecido conforme os arts. 1.836²²⁰ e 1.837²²¹ do Código Civil.

²¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sistema de vocação concorrente do cônjuge e/ou companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos brasileiro e italiano. **Revista Brasileira de Família**, Porto Alegre, v. 7. n. 29. p. 45-86, abr/mai, 2005. p. 55.

²¹⁹ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. v. 6. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 131.

²²⁰ Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. § 1º Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção

Assim, os ascendentes são chamados a suceder pelo grau mais próximo, uma vez que estes excluem os ascendentes de grau mais remoto. Neste contexto, se o falecido tiver deixado pais, estes serão chamados a suceder em concorrência com o cônjuge supérstite. A herança, então, será dividida igualmente entre pai, mãe e cônjuge, ficando cada um com um terço do acervo hereditário.

Se, no entanto, o *de cujus* tiver deixado apenas um dos genitores (ou só um deles puder suceder), como não existe o direito de representação na linha dos ascendentes, a herança será dividida ao meio, entregando-se metade dela ao cônjuge e a outra metade ao genitor.

Por outro lado, se não existirem pais aptos a suceder e existir ascendentes de grau mais remoto, a herança é dividida pela metade, ficando o cônjuge sobrevivente com uma delas, cabendo aos ascendentes a outra metade, que será dividida por linha.

Conclui-se assim, que o cônjuge sobrevivente goza de grandes vantagens na concorrência com ascendentes, pois além de ter garantido seu quinhão independentemente do regime de bens do casamento e da natureza do patrimônio, pode, ainda, receber uma quota mais elevada quando concorrer com os avós do falecido.

Na falta de descendentes e ascendentes, nos termos do art. 1.838²²², o consorte supérstite receberá a totalidade da herança²²³, independentemente do regime de bens adotado no casamento, pois o cônjuge, nessa classe, não é considerado herdeiro concorrente, mas herdeiro legítimo único²²⁴. Desse modo, atento à vontade do legislador em atribuir direitos sucessórios pelo grau de afetividade que o beneficiário possuía com o *de cujus*, conclui-se que o cônjuge não concorre com os colaterais ao recebimento da herança, pois se encontra em posição anterior na ordem de vocação hereditária.

Frise-se, outrossim, que os colaterais somente herdarão no caso de não haver descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente e no caso de o falecido não ter deixado testamento.

de linhas. § 2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

²²¹ Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

²²² Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.

²²³ Vale assinalar que o cônjuge sobrevivente só receberá a totalidade da herança, caso o falecido não tenha disposto da metade disponível em testamento.

²²⁴ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 88.

Também bastante criticado pela doutrina é o art. 1.830²²⁵ do Código Civil que salvaguarda a possibilidade do cônjuge, mesmo separado de fato, herdar o patrimônio do *de cuius*. Ou seja, embora já não mais exista a vida em comum, tampouco o afeto, que é o elemento que sustenta as relações conjugais, a lei insiste em continuar reconhecendo os efeitos do casamento aos cônjuges separados de fato, privilegiando, mais uma vez, a formalidade da dissolução do casamento em detrimento da situação fática existente.

Em virtude desta disposição, se verifica ainda outro problema, deveras mais grave, criado pelo legislador: é o caso em que o falecido, separado de fato, por sua exclusiva culpa, passa a viver com outra pessoa, constituindo uma família, nos moldes da união estável. Como já referido no capítulo anterior, o §1º, do art. 1.723²²⁶ do Código Civil assegura ao cônjuge separado de fato a possibilidade de constituição da união estável. Assim, é plenamente possível e aceitável que o *de cuius*, que não mais conviva com seu cônjuge, passe a formar nova família. A controvérsia que se impõe é, pois, definir a quem será conferido os direitos sucessórios.

O Código Civil, mais uma vez, nada previu sobre essa situação, deixando para a doutrina e a jurisprudência encontrar uma interpretação justa e adequada ao caso. Diante disso, diversas são as interpretações:

Mário Luiz Delgado Régis²²⁷ sustenta que a participação do convivente deve ficar adstrita aos bens adquiridos durante a vigência da união estável, ao passo que ao cônjuge deverá ser assegurada a participação nos bens adquiridos antes do início da união estável.

Já Maria Berenice Dias, assevera que, nesses casos, o cônjuge teria direito apenas à meação dos bens adquiridos durante o tempo em que durou a união conjugal, devendo o direito de concorrência ser assegurado ao companheiro sobrevivente e não ao ex-cônjuge, assim como a totalidade da herança na inexistência de descendentes e ascendentes deveria ser garantida ao companheiro²²⁸. Do mesmo modo, Euclides de Oliveira²²⁹ afirma que para se solucionar tal controvérsia “bastaria que o legislador simplesmente afastasse o direito de

²²⁵ Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

²²⁶ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. §1º 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 casada se achar separada de fato ou judicialmente.

²²⁷ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: será que precisamos mudar o Código Civil? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 191-222, abr/mai, 2005. p. 218.

²²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 54.

²²⁹ OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 133.

herança por parte do cônjuge que não tivesse convivendo, com o outro à data do falecimento, sem necessidade de fixar prazo tão longo”.

Assim também se posiciona Francisco Cahali, para o qual o a totalidade do acervo patrimonial deve ser destinado ao companheiro:

Só a separação prolongada do casal, ainda que de fato, já afastaria o cônjuge da sucessão do outro, em qualquer situação, mas especialmente quando nova família se formou, através de união estável, entre pessoas casadas por mera reminiscência cartorial (entre eles só subsiste a certidão de casamento), pois ao companheiro ou companheira viúva, também por previsão legal, deveria ser destinada a herança, na falta de herdeiros das classes precedentes²³⁰.

Ao cônjuge separado de fato, portanto, deveria a lei garantir apenas a meação sobre os bens adquiridos durante a vida em comum e não estender direitos sobre o patrimônio que o falecido adquiriu depois da separação. Neste ponto, merecem destaque também as palavras de Ana Luiza Maia Nevares:

Assim, uma vez ocorrendo a referida “concorrência” entre ex-cônjuge separado de fato e companheiro à sucessão do *de cujus*, será a união estável a entidade familiar que qualificará a relação do sucessor com o autor da herança, tornando-a relevante para a sucessão, afastando, assim o cônjuge sobrevivente separado de fato, atribuindo-se os direitos sucessórios do falecido companheiro²³¹.

Com efeito, a nosso ver, parece que o mais razoável seria chamar à sucessão apenas o companheiro, em respeito aos princípios constitucionais que reconhecem a família como aquela fundada no afeto. Nesse caso, se já não mais existia o afeto a amparar a sociedade conjugal, razão não há para que o cônjuge receba a herança em detrimento daquele com quem o falecido escolheu partilhar os últimos anos de sua vida. Assim, conferir direitos hereditários ao cônjuge, além de ensejar o seu enriquecimento sem causa, uma vez que não colaborou na construção do patrimônio²³², desconstrói a sistemática do ordenamento jurídico de proteção à família afetiva.

O atual Código Civil ainda garante ao cônjuge o direito real de habitação, independentemente do regime de bens adotado. No entanto, diferentemente do que dispunha o velho Código, que condicionava o exercício do direito à manutenção da viuvez, a nova lei não

²³⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões** v. 6. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 210.

²³¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no código civil de 2002: uma abordagem à luz do direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 36, p. 139-169, jun/jul, 2006. p. 146.

²³² DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 53.

retira o direito de habitação no caso de o cônjuge supérstite vir a formar nova família, por meio do casamento ou da união estável.

No que se refere ao usufruto viual, que no Código Civil de 1916 era concedido ao cônjuge, desde que atendido alguns requisitos, a nova legislação não mais previu tal direito. Euclides de Oliveira²³³ justifica tal supressão pelo fato de o cônjuge ter sido elevado à condição de herdeiro necessário e de ter se estabelecido a concorrência sucessória em seu favor, de modo que agora se encontra plenamente protegido.

No entanto, há quem defenda, e essa é a posição adotada por Maria Berenice Dias, que eliminar o usufruto poderia deixar o cônjuge casado em regime de separação obrigatória - onde não há meação nem direito de concorrência - em uma situação de desamparo.

Desse modo, defende a ilustre autora que por não haver incompatibilidade da Lei nº 8.971/1994 com o Código Civil e, à luz do princípio da igualdade das entidades familiares previsto na Constituição Federal, se poderia atribuir o mesmo tratamento dispensado à união estável ao cônjuge, garantindo, assim, o exercício do usufruto viual. No entanto, urge salientar, que a posição da doutrinadora é praticamente isolada na doutrina.

O direito real de habitação, por seu turno, é a garantia assegurada ao cônjuge, independentemente do regime de bens adotado e, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, de permanecer no imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a se inventariar²³⁴.

Seguindo a tendência protecionista do cônjuge, o novo Código Civil, ainda, manteve o benefício do consorte sobrevivente, mesmo nos casos em que celebrar outro casamento ou constituir nova família através de uma união estável. Assim, por se tratar de direito personalíssimo e temporário que se atrela ao usufruto, a vantagem se mantém apenas durante a vida do titular, extinguindo-se com o seu falecimento²³⁵.

Zeno Veloso, no entanto, não concorda com essa disposição, argumentando que:

O cônjuge já aparece bastante beneficiado no Código Civil. Não é justo que ainda continue exerce o direito real de habitação sobre o imóvel em que reside o falecido se veio a fundar nova família, mormente se o referido bem era o único daquela natureza existente no espólio. O interesse dos parentes do *de cujus* deve, também, ser observado. O art. 1.831 do CC precisa ser modificado, para prever que o direito

²³³ OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 134.

²³⁴ Art. 1.831 - Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

²³⁵ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 7. n. 29, p. 88-126, abr/mai, 2005. p. 125.

personalíssimo do cônjuge, nesse caso, é resolúvel, extinguindo-se, se a viúva ou viúvo voltar a casar ou constituir união estável²³⁶.

Com efeito, andou bem o legislador ao assegurar a manutenção do direito real de habitação ao cônjuge, mesmo quando constitui nova família, seja por casamento, seja por união estável. A função precípua de tal direito é de preservar as condições de vida que o viúvo mantinha quando do passamento do seu cônjuge e garantir-lhe uma moradia digna, tal qual habitava com seu consorte. Assim, tem-se que reconstrução da vida afetiva, com a formação de uma nova família não afasta a finalidade do referido direito.

Por fim, apresentados os direitos sucessórios conferidos pelo Código Civil ao cônjuge, passaremos, a seguir, a analisar o tratamento dispensado pelo legislador ao companheiro, a fim de se que possa fazer uma análise comparativa dos direitos assegurados a um e ao outro.

3.2 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

O Código Civil de 1916, promulgado na vigência de uma sociedade conservadora, que não reconhecia a família de fato, nada dispôs acerca do direito sucessório dos concubinos. Somente com o advento da Constituição Federal de 1988, quando se equiparou a união estável ao casamento, concedendo-lhe status de entidade familiar, é que o ordenamento jurídico brasileiro se preocupou em legislar sobre os direitos hereditários daqueles que viviam como se casados fossem.

Neste contexto, sobreveio a edição das Leis nº 8.971²³⁷, de 1994 e nº 9.278²³⁸, de 1996. Como já visto, essas leis dedicaram, no âmbito das sucessões, direitos semelhantes àqueles garantidos ao cônjuge sobrevivente. Os companheiros, assim como os cônjuges, eram considerados herdeiros facultativos, passando a ocupar o terceiro lugar na preferência sucessória e tiveram assegurada, ainda, a totalidade da herança, nos casos em que o falecido não tivesse deixado descendentes e ascendentes. Além disso, se disciplinou sobre o direito ao

²³⁶ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 90-91.

²³⁷ 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.

²³⁸ 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.

usufruto à quarta parte dos bens, se houvesse filhos e sobre a metade dos bens se houvesse ascendentes com direito à herança, o qual persistia enquanto não se constituísse nova união. Outro avanço verificado foi a concessão de direito real de habitação ao companheiro viúvo sobre o imóvel que servia de residência da família.

Evidencia-se, assim, que essas legislações, atendendo ao comando constitucional, equipararam a sucessão do companheiro ao do cônjuge, garantido ao parceiro sobrevivente os mesmos direitos assegurados ao viúvo supérstite.

De outra banda, na contramão da evolução legislativa, jurisprudencial e doutrinária que se verificava em relação à família de fato, surgiu o novo Código Civil, que em um reprovável retrocesso, “privou os partícipes da união estável de várias conquistas alcançadas com muito esforço da sociedade²³⁹”. A sucessão do companheiro passou a ser regulada pelo artigo 1.790, que possui o seguinte teor:

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

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

A primeira impropriedade que se constata no estudo do direito sucessório dos companheiros é colocação do referido artigo nas disposições gerais da sucessão em geral. Os direitos hereditários do companheiro deveriam ser tratados no capítulo da ordem de vocação hereditária, junto com o cônjuge, e inseridos no Título pertinente à sucessão legítima, e não ao lado das normas que estabelecem os princípios gerais do direito sucessório brasileiro. Neste sentido, merecem destaque as palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

A maior crítica que deve ser feita ao referido art. 1.829 é a de não ter incluído o companheiro na ordem de vocação hereditária, deixando que a matéria fosse disciplinada no art. 1.790 do texto codificado, ou seja, em parte completamente distinta daquela que envolve a ordem de chamamento dos herdeiros legítimos; desse modo, revela a permanência (sub-reptícia) de tratamento discriminatório relativamente ao companheiro²⁴⁰.

²³⁹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões** v. 6. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 228.

²⁴⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Concorrência Sucessória à luz dos princípios norteadores do CC/2002. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 7. n. 29, p. 11-25, abr/mai, 2005. p. 22-23.

Não obstante a topografia ilógica²⁴¹, esse não é o pior dos problemas encontrados no dispositivo em análise. Muitas outras contradições e controvérsias, que acabam trazendo incertezas e dificuldades aos operadores do direito, se revelam no estudo do referido artigo.

De acordo com o *caput* do art. 1.790, a sucessão do companheiro restringe-se aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Ocorre que o companheiro, por força do art. 1.725²⁴² do Código Civil, já é meeiro nesses bens e, por isso, deveria ter direitos sucessórios apenas sobre os bens particulares deixados pelo *de cuius*, assim como se faz em relação ao cônjuge sobrevivente²⁴³. A limitação imposta pelo legislador aos companheiros gera graves injustiças, pois pode haver casos em que os conviventes nada adquiriram durante a vigência da união estável, estando entre os bens a inventariar apenas bens particulares do *de cuius*. Nesse caso, o companheiro sobrevivente nada receberá de herança, podendo ficar em verdadeira situação de desamparo, sobretudo considerando a ausência de previsão do direito real de habitação aos conviventes.

Igualmente, a restrição imposta pelo legislador ao direito de herança apenas em relação aos aquestos também pode gerar injustiças, quando comparada ao estatuto sucessório do cônjuge. Isso porque o cônjuge casado em regime de comunhão universal ou parcial, sem bens exclusivos, recebe apenas a meação e não tem direito de herança sobre os bens comuns. Assim, nessa específica hipótese, o cônjuge encontra-se em desvantagem em relação ao companheiro²⁴⁴.

Neste sentido, convém transcrever as palavras de Euclides de Oliveira:

Se não se admite tratamento discriminatório, prejudicial ao companheiro em outros pontos, tampouco se mostra compatível com o princípio da isonomia esse benefício maior que o Código Civil concede a quem não tenha sido casado, sem falar na diminuição que essa atribuição de bens ao companheiro, que já tem a meação, ocasiona aos descendentes do autor da herança.²⁴⁵

Nesta seara, percebe-se que o Código Civil conferiu tratamento desigual às duas entidades familiares, ora dando privilégios ao companheiro e ora ao cônjuge, evidenciando-se, assim, a quebra do princípio da isonomia.

²⁴¹ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 166.

²⁴² Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

²⁴³ Cabe referir que por não ter o legislador ressalvado outra forma de sucessão a depender do regime de bens adotado em contrato escrito, conclui-se que direito sucessório do companheiro não está vinculado ao regime de bens que rege a relação.

²⁴⁴ OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 162.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 162.

Outro ponto bastante nebuloso no tratamento sucessório do companheiro diz respeito à classe de herdeiros necessários, elencada no art. 1.845²⁴⁶ do diploma civilista. Se o Código Civil, ao alçar o cônjuge à posição de herdeiro necessário, agiu de forma a garantir a proteção efetiva do consorte sobrevivente, o mesmo, em injustificável discriminação, não o fez em relação ao companheiro, que só recebe por herança os aquestos e concorre, inclusive, com os colaterais.

Parte da doutrina sustenta, no entanto, que muito embora o art. 1.845 não refira expressamente o companheiro como herdeiro necessário, o art. 1.850²⁴⁷, por outro lado, também não faz referência à sua exclusão, como promovido para os demais herdeiros facultativos. Assim entende Ana Luiza Maia Nevares, que tomando por base a equiparação da união estável ao casamento e cotejando os princípios que orientam a proteção à família insculpidos na Carta Magna, assevera que a melhor interpretação que se pode dar ao dispositivo “é aquela que preconiza ser o companheiro herdeiro necessário nos limites estabelecidos pelo art.1.790 do Código Civil de 2002²⁴⁸”.

Maria Berenice Dias compõe a parcela de autores que defende a condição do companheiro sobrevivente como herdeiro necessário. Inobstante, argumenta a ilustre doutrinadora que essa condição se dá em virtude de o legislador ter conferido ao companheiro o direito de concorrência:

No momento em que foi assegurado também ao companheiro o direito de concorrência, acabou ele por ser elevado à condição de **herdeiro necessário** com relação à fração da herança que recebe juntamente com herdeiros que o antecedem na ordem de vocação hereditária. Mesmo não incluído no rol dos herdeiros necessários (CC 1.845), mister reconhecer que o companheiro, ao ser contemplado com fração da herança a título de herdeiro concorrente, ao menos em parte tornou-se herdeiro necessário²⁴⁹(grifo original).

O inciso I do art. 1.790 estabelece a concorrência do cônjuge com filhos. Vale observar que, a despeito de a lei utilizar a palavra “filhos”, a doutrina, com base numa interpretação finalista do Código Civil, considera que o intuito do legislador era referir-se aos descendentes, assim como fez no inciso II. Neste contexto, foi aprovado, na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal o Enunciado 226, com o seguinte teor: “Aplica-se o inciso I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro

²⁴⁶ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

²⁴⁷ Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar.

²⁴⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 176.

²⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 174.

sobrevivente com outros descendentes comuns e não apenas na concorrência com filhos comuns²⁵⁰.

Na concorrência do companheiro com descendentes, a lei prevê, então, duas situações: A primeira diz respeito à concorrência do convivente com descendentes comuns. Nesse caso, o companheiro terá direito a receber apenas uma quota, ou seja, recebe uma parte igual àquela atribuída aos filhos. Herda, portanto, como se fosse um deles²⁵¹. A segunda situação refere-se à concorrência quando os filhos forem exclusivos do falecido. No caso, o companheiro recebe metade do quinhão conferido a cada um dos filhos, ou seja, os enteados fazem jus a uma quota dupla e o sobrevivente a uma quota simples²⁵².

Por outro lado, o Código Civil silenciou a respeito da concorrência quando a filiação for híbrida, ou seja, quando houver descendentes do casal e descendentes exclusivos do autor da herança. Mais uma vez, a lacuna deixada pelo legislador deu azo a diversas interpretações doutrinárias.

Parte da doutrina²⁵³ defende que a herança deve ser dividida igualmente entre todos os herdeiros. Francisco Cahali argumenta que o inciso I não exige que todos os descendentes sejam comuns para se conferir a quota inteira ao companheiro, pelo que se entende que basta a existência de um filho comum para que a divisão seja feita de forma igualitária²⁵⁴. Sílvio Venosa, por sua vez, também defende a repartição igualitária do quinhão, aduzindo que essa interpretação “deflui da junção dos dois incisos, pois não há como se admitir outra solução, uma vez que os filhos, não importando a origem, possuem todos os mesmos direitos hereditários²⁵⁵”.

Aldemiro Rezende Dantas Júnior também é adepto da primeira interpretação, pois entende que o fato de o legislador ter colocado a hipótese em que o companheiro recebe quota igual aos descendentes em primeira posição, indica a prioridade da aplicação de tal norma, razão pela qual é ela que deve ser aplicada na lacuna da lei²⁵⁶.

Por outro lado, a segunda posição doutrinária, que tem como defensores Zeno Veloso e Euclides de Oliveira afirma que nos casos em que houver filiação híbrida, considerar-se-á

²⁵⁰ III Jornada de Direito Civil. Brasília. Enunciados n. 270 e 226. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>>. Acesso em: 03/07/2012.

²⁵¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 175.

²⁵² *Ibidem*, p. 175

²⁵³ Neste sentido é a opinião de Luiz Felipe Brasil Santos e Maria Helena Diniz.

²⁵⁴ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões** v. 6. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 232.

²⁵⁵ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. v. 6. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 145.

²⁵⁶ JÚNIOR, Aldemiro Rezende Dantas. Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 7. n. 29, p. 128-143, abr/mai, 2005. p. 136.

cada filho como se fosse exclusivo do falecido, atribuindo, portanto, a eles o dobro do quinhão conferido ao parceiro sobrevivente. Ou seja, “subsistindo filhos de outra origem, ainda que concorrendo com filhos em comum entre o autor da herança e o companheiro, a este tocaria somente metade de cada quota hereditária²⁵⁷”. Zeno Veloso, embora defenda que se deva aplicar o inciso II nos casos de filiação híbrida, entende que sua proposta pode prejudicar o companheiro sobrevivente:

A solução que proponho, tentando remediar a falha do legislador, e enquanto a lei não é reformada, pode prejudicar o companheiro sobrevivente – que estaria mais gratificado se o escolhido fosse o inciso I - , mas não desfavorece os descendentes exclusivos do *de cuius*, não se devendo esquecer que os filhos do companheiro sobrevivente ainda têm expectativa de herdar deste, enquanto os filhos que teve o falecido em outro relacionamento não têm essa esperança²⁵⁸.

Há, ainda, uma terceira corrente que propõe o emprego simultâneo das duas hipóteses legais, ou seja, o inciso I e o II, através do critério da proporcionalidade²⁵⁹, preservando o direito do sobrevivente sem desprezar a igualdade jurídica entre filhos. Esse cálculo, proposto por Gabriele Tusa, é uma média ponderada, pela qual se obtém um coeficiente que aumenta a participação do companheiro quanto maior o número de filhos comuns e diminui na medida em que aumenta o número de filhos exclusivos do falecido.

Maria Berenice Dias, embora reconheça a complexidade da operação matemática, aduz que essa proposta é a única que exprime a vontade do legislador, pois respeita o princípio constitucional da igualdade entre os filhos e não traz prejuízos ao companheiro sobrevivente²⁶⁰.

A despeito de todas as discriminações que se verificou na concorrência do companheiro com descendentes do *de cuius*, o que mais causa revolta no estudo do direito sucessório do companheiro, é o inciso III, que trata da concorrência do convivente com outros parentes sucessíveis. Isso porque o Código Civil estabelece que o parceiro sobrevivente terá direito a apenas um terço da herança, enquanto aos ascendentes e aos colaterais até 4 ° grau é atribuído dois terços dela²⁶¹.

²⁵⁷ OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 171.

²⁵⁸ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 176.

²⁵⁹ TUSA, Gabriele. Sucessão do companheiro: concorrência com descendentes comuns e exclusivos do autor da herança. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Família e responsabilidade**: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister, 2010. p. 73.

²⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 180.

²⁶¹ Os parentes sucessíveis de que trata o inciso III do art. 1.790 do CC são os mesmos citados no art. 1.829, ou seja, os ascendentes e os colaterais.

Assim, se o *de cuius* não tiver deixado descendentes, os próximos a receber, na ordem sucessória, são os ascendentes. Neste cenário, se o pai e a mãe do falecido puderem suceder, a cada um deles caberá um terço da herança, restando ao companheiro também um terço. Se, no entanto, apenas um dos pais puder receber, o companheiro permanecerá tendo direito apenas sobre um terço da herança, cabendo ao ascendente dois terços do acervo hereditário. Por fim, esta divisão da quota também ocorre quando o *de cuius* tiver deixado apenas ascendentes acima dos de primeiro grau, como, por exemplo, os avós, cabendo a estes, dois terços da herança e, ao convivente sobrevivente, um terço apenas. Em outras palavras, ao companheiro sobrevivente, independentemente do parente contra qual concorre, sempre receberá um terço da herança. E, salienta-se, é um terço da herança sobre o patrimônio que o próprio companheiro sobrevivente ajudou a construir.

A incongruência também ocorre se compararmos, no caso concreto, o inciso III com o I, ou seja, no caso de existir apenas um ascendente, este receberia dois terços da herança, enquanto o descendente único e comum receberia metade dela, o que vai de encontro com a própria sistemática de favorecimento dos descendentes em detrimento dos ascendentes adotada pelo Código Civil²⁶².

A concorrência do companheiro com ascendentes, como se constata, é mais prejudicial ao convivente em comparação com a do cônjuge, uma vez que este, quando existir apenas um ascendente ou quando concorrer com ascendentes mais remotos, tem assegurada metade da herança, ao passo que ao companheiro é dado apenas um terço do acervo partilhável.

Cabe salientar, ainda, que, diferentemente do disposto ao cônjuge, a herança a que tem direito o companheiro se restringe aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, não englobando, assim, os bens particulares do falecido, os quais são entregues em sua totalidade aos ascendentes.

Também no que se refere à concorrência do companheiro com os colaterais, resta demonstrada a posição discriminatória em que foi colocada a união estável e o evidente retrocesso social trazido pelo Código Civil. Na vigência da Lei nº 8.971/94, se o falecido não deixasse descendentes, nem ascendentes, ao companheiro sobrevivente era atribuída a totalidade da herança, incluindo os aquestos e os bens particulares que o *de cuius* tivesse deixado. Logo, os colaterais eram excluídos da concorrência sucessória, podendo receber, quando houvesse companheiro sucessível, apenas por testamento.

²⁶² JÚNIOR, Aldemiro Rezende Dantas. Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 7. n. 29, p. 128-143, abr/mai, 2005. p. 137.

As mudanças operadas pelo Código Civil retiraram, injustificadamente, a posição de superioridade que o companheiro tinha frente aos colaterais, posto que foi estabelecida a concorrência com parentes até quarto grau e restou limitada a quota devida ao companheiro a um terço da herança, enquanto ao colateral é dado dois terços. Além disso, os direitos dos companheiros foram restringidos, estabelecendo-se que a herança se daria apenas sobre os bens adquiridos durante a convivência, restando aos colaterais os bens particulares do *de cujus*.

Maria Berenice Dias²⁶³, em uma interpretação que objetiva minimizar a injustiça que o inciso III estatuiu, entende que a “herança” a que se refere o citado inciso quer dizer a totalidade dos bens deixados pelo *de cujus* e que, por isso, todo acervo hereditário deveria ser dividido entre os colaterais e o companheiro.

No entanto, mesmo que essa interpretação venha prosperar, ainda assim se estaria diante de uma situação discriminatória, uma vez que aos ascendentes e aos parentes colaterais seria dado dois terços da herança, permanecendo o companheiro em situação de desvantagem. Neste mesmo sentido, são elucidativas as palavras de Zeno Veloso:

Mesmo com essa interpretação avançadíssima, que desconsidera o princípio antiquíssimo de hermenêutica de que o estatuído no *caput* do dispositivo legal norteia e condiciona o estabelecido nas demais partes – parágrafos, alíneas, incisos -, sobretudo em relação à concorrência com os colaterais, a solução ainda é injusta, inconcebível, disparatada: o parente colateral – um tio-avô, um sobrinho-neto, p.ex. – ficará com dois terços da herança e o companheiro sobrevivente, com um terço²⁶⁴.

De todo o exposto, parece, de fato, injustificável o tratamento inferior dispensado à união estável. Melhor seria, como sugere Euclides de Oliveira, que se mantivesse o regramento sucessório dado ao companheiro na Lei nº. 8.971/94, reservando ao convivente supérstite a totalidade da herança, caso inexistam descendentes e ascendentes²⁶⁵.

Neste contexto, de rigor transcrever as cerradas críticas tecidas por Zeno Veloso ao referido dispositivo:

Haverá alguma pessoa neste país, jurista ou leigo, que assegure que tal solução é boa e justa? Por que privilegiar a esse extremo vínculos biológicos, ainda que remotos, em prejuízo dos laços do amor, da afetividade? Por que os membros da família parental, em grau tão longínquo, devem ter preferência sobre a família afetiva (que em tudo é comparável à família conjugal) do hereditando? Sem dúvida, nesse ponto, o Código Civil não foi feliz. A lei não está imitando a vida, nem está em consonância com a realidade social, quando decide que uma pessoa que manteve a

²⁶³ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 181.

²⁶⁴ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 179.

²⁶⁵ OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 175.

mais íntima e completa relação com o falecido, que sustentou com ele uma convivência séria, sólida, qualificada pelo *animus* de constituição de família, fundando e mantendo uma família, que com o autor da herança protagonizou, até a morte deste, um grande projeto de vida, fique atrás de parentes colaterais dele na vocação hereditária. O próprio tempo se incumba de destruir a obra legislativa que não segue os ditames de seu tempo, que não obedece às indicações da história e da civilização²⁶⁶.

Por fim, estabelece o inciso IV, do art. 1.790, do Código Civil que na ausência de quaisquer parentes sucessíveis, a totalidade da herança é atribuída ao companheiro sobrevivente. A divergência que paira no dispositivo em comento se refere à abrangência dada à expressão “totalidade da herança”.

A doutrina majoritária²⁶⁷ entende que a herança referida no inciso IV se restringe aos bens adquiridos onerosamente durante a constância da união estável, pois é somente essa a herança que o parceiro viúvo está autorizado, pelo *caput* do art. 1.790, a receber. Isso significa que, numa interpretação literal do texto, se houver bens particulares do falecido no acervo hereditário, estes serão arrecadados como herança jacente, por força do art. 1.844²⁶⁸, sendo, após, entregues ao Poder Público.

Por outro lado, há quem defenda que, a despeito do *caput* do art. 1.790 dizer que a herança a que tem direito o companheiro se resume aos aquestos, a expressão “totalidade da herança” abrange todo o patrimônio deixado pelo *de cuius*, incluindo aí os bens particulares e os bens adquiridos durante a união estável. Neste eixo, cabe transcrever as palavras de Luiz Felipe Brasil Santos:

Evidente a antinomia entre a cabeça do artigo e seu inciso. Entretanto, uma interpretação construtiva, que objetive fazer acima de tudo justiça, pode extrair daí solução que evite a injustiça e o absurdo de deixar um companheiro, em dadas situações, no total desamparo. Portanto, não havendo outros herdeiros, o companheiro, por força do claro comando do inciso IV, deverá receber não apenas os bens havidos na constância da relação, mas a totalidade da herança²⁶⁹.

Da mesma forma, Maria Helena Diniz assevera que no caso de inexistir parentes sucessíveis, ao companheiro é dado todo o acervo hereditário deixado pelo *de cuius*, incluindo, portanto, tanto os bens particulares, como os comuns, adquiridos antes e durante a união estável. Essa é a solução mais justa, “pois seria inadmissível a exclusão do companheiro

²⁶⁶ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 181.

²⁶⁷ Essa é a opinião esposada por Francisco Cahali, Ana Luiza Maia Nevares, Zeno Veloso

²⁶⁸ Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

²⁶⁹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **A sucessão do companheiro no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/83>>. Acesso em: 16/07/2012.

sobrevivente, que possuía laços de afetividade com o *de cujus*, do direito à totalidade da herança dando prevalência à entidade pública²⁷⁰.

Outra tormentosa questão que se apresenta no estudo do direito sucessório daqueles que vivem em união estável se refere ao direito real de habitação. Diferentemente do disposto ao cônjuge, o novo Código Civil, continuando o rosário de discriminações que impôs à união estável, nada estabeleceu acerca desse direito, cabendo, mais uma vez, à doutrina a construção das hipóteses cabíveis.

Muitos autores entendem que se o legislador silenciou acerca desse direito, não o fez por esquecimento, mas sim com o propósito de afastá-lo do companheiro sobrevivente.

Neste cenário, Zeno Veloso assevera que o legislador regulou amplamente o direito sucessório dos conviventes e que, por isso, a omissão referente ao direito real de habitação foi proposital e se coaduna com o espírito da lei, não se tratando de “um esquecimento, de uma lacuna, mas de um “silêncio eloquente”, de uma exclusão pensada e deliberada²⁷¹”. Pelos mesmos motivos, defende Inácio de Carvalho Neto que não há como se reconhecer a vigência da Lei nº 9.278/96, como defendido por parte da doutrina²⁷².

Corroborando esse entendimento, estão as lições de Francisco Cahali:

Parece-nos ter dado o legislador de 2002 sinais evidentes de afastar a união estável do casamento na seara sucessória. Se assim é, e sendo omissos quanto àqueles direitos, consideramos ter sido intencional restringir a participação do companheiro sobrevivente aos limitados termos do art. 1.790²⁷³.

Não consentindo com tamanha injustiça, diversos doutrinadores vêm empregando uma interpretação mais benéfica da lei, em prol daqueles que vivem em união estável. Defendem esses autores que, para evitar o tratamento desigual entre cônjuge e companheiro, dever-se-ia realizar uma interpretação analógica do art. 1.831, de modo que se pudesse também dar ao convivente o direito real de habitação.

De outra banda, alguns autores sustentam que, por ter o Código Civil se omitido quanto ao direito real de habitação e não havendo, por conseguinte, incompatibilidade das normas anteriores com o novo Código, não restou revogada a Lei nº 9.278/1996 que concedia o referido direito aos conviventes.

²⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. v. 6. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 137.

²⁷¹ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 162.

²⁷² NETO, Inácio de Carvalho. A sucessão do cônjuge e do companheiro. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org). **Família e Sucessões: entidades familiares**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 543.

²⁷³ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões** v. 6. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 234.

Para dirimir a controvérsia, o Conselho Federal de Justiça, na I Jornada de Direito Civil emitiu o Enunciado nº 117, proposto por Ana Luiza Maia Nevares, Gustavo Tepedino e Guilherme Calmon Nogueira da Gama, com o seguinte teor: “o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88”²⁷⁴.

Embora se respeite as posições em contrário, a interpretação que deve prosperar é a de conferir o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, pois com a morte de seu parceiro, o convivente sobrevivente poderá ficar em uma situação de total desamparo, sem ter, inclusive, onde morar. Além disso, essa é a interpretação que mais se mostra coerente com a sistemática do Código Civil, que protege, no âmbito do direito de família, o companheiro.

Neste ponto, cabe trazer à baila as palavras de Elvis Moisés Salgasso:

O direito real de habitação do companheiro supérstite encontra respaldo nos já citados princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, na medida em que o convivente poderia se ver desprovido de uma habitação ou moradia quando concorresse na sucessão com filhos ou parentes apenas do *de cuius*. [...] Seria um paradoxo lúgubre, portanto, o Estado tutelar companheiros e sua união em vida (incluindo aí as garantias do direito à propriedade) e deixar um deles à privação, sem qualquer proteção, justamente no momento mais frágil, doloroso e tormentoso que é o da morte do seu querido parceiro, com quem talvez tenha passado décadas de convivência e auxílio mútuo²⁷⁵.

Os Tribunais, da mesma forma, reconhecem o direito real de habitação aos companheiros sobreviventes, conforme se constata da decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1156744/MG²⁷⁶:

DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. POSSIBILIDADE. VIGÊNCIA DO ART. 7º DA LEI N. 9.278/96. RECURSO IMPROVIDO.
1. Direito real de habitação. Aplicação ao companheiro sobrevivente. Ausência de disciplina no Código Civil. Silêncio não eloquente. Princípio da especialidade. Vigência do art. 7º da Lei n. 9.278/96. Precedente: REsp n. 1.220.838/PR, Rel.

²⁷⁴ I Jornada de Direito Civil. Brasília. Enunciado n.117. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>>. Acesso em: 03/07/2012.

²⁷⁵ SALGASSO, Elvis Moisés. **Dissolução da união estável pela morte**: o direito real de habitação do companheiro sobrevivente. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Direito%20real%20de%20habita%C3%A7%C3%A3o%2024_04_2012.pdf>. Acesso em: 14/07/2012.

²⁷⁶ _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1156744/MG**. Recorrente: JP Espólio. Recorrido: MAA. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, 09/10/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=uni%E3o+est%E1vel+e+sucess%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1#>>. Acessado em: 12/11/2012.

Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012.

2. O instituto do direito real de habitação possui por escopo garantir o direito fundamental à moradia constitucionalmente protegido (art. 6º, caput, da CRFB). Observância, ademais, ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB).

3. A disciplina geral promovida pelo Código Civil acerca do regime sucessório dos companheiros não revogou as disposições constantes da Lei 9.278/96 nas questões em que verificada a compatibilidade. A legislação especial, ao conferir direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, subsiste diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal direito àqueles que convivem em união estável.

Prevalência do princípio da especialidade.

4. Recurso improvido.

(REsp 1156744/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 18/10/2012)

É essa, sem dúvidas, a interpretação que deve ser feita ao direito real de habitação do companheiro, pois é a que está de acordo com os princípios estabelecidos pela Constituição Federal, na medida em que preserva a dignidade do convivente, tratando de forma isonômica os protagonistas das entidades familiares oriundas do casamento e dá união estável.

Assim sendo, em face de todas essas injustiças evidenciadas no trato do direito sucessório do companheiro, é que se sustenta a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, cujos fundamentos jurídicos serão melhor expostos no seguinte tópico.

3.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Apresentadas as formas de sucessão do cônjuge e do companheiro à luz do que dispõe o Código Civil pode-se constatar, através de uma análise comparativa, que os direitos sucessórios atribuídos aos cônjuges e aos companheiros são bastante desiguais.

Verifica-se que, na maior parte das vezes²⁷⁷, primou o legislador por atribuir mais direitos aos casados do que aos que vivem em união estável, ferindo, assim, os valores insculpidos na Lei Maior acerca da equiparação dos efeitos das entidades familiares. Essa situação, por certo, não pode mais prosperar, pois gera inúmeras injustiças.

Como já visto, a união estável e o casamento detêm o mesmo *status* de família, a qual se origina a partir dos laços de afetividade entre o casal. Desse modo, não pode haver diferenciação entre as duas entidades familiares; não há amparo legal para tanto. A união

²⁷⁷ Na situação em que há bens adquiridos a título oneroso durante a constância da união estável e o companheiro sobrevivente concorre com os descendentes, o companheiro, além de ter assegurada a meação, terá direito a uma quota da herança. Já se o mesmo caso ocorresse com o cônjuge casado em regime da comunhão universal ou parcial, sem bens particulares, o cônjuge sobrevivente só terá direito a sua meação, não sendo considerado herdeiro. Na hipótese dessa situação, e somente dessa, os companheiros poderão receber mais direitos que o cônjuge sobrevivente.

estável e o casamento diferenciam-se perante o Estado apenas no que se refere à informalidade que é inerente à primeira espécie de família; o registro civil do casamento objetiva apenas marcar o termo inicial da relação conjugal, não legitimando a concessão de direitos diferenciados aos cônjuges, em detrimento dos companheiros.

Por tal razão, estabelecer regramentos sucessórios distintos para a união estável e para o casamento fere o princípio da isonomia, na medida em que trata pessoas submetidas a idêntica condição jurídica de forma desigual.

O princípio constitucional da igualdade diz que se deve tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de suas desigualdades. No entanto, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello²⁷⁸, para imprimir tais desigualdades, deve-se antes verificar qual é o elemento que gera a diferenciação; se há justificativa lógica e racional para se atribuir o tratamento desigual e, por fim, se esse tratamento diferenciado está em harmonia com os valores constitucionais.

Como exposto, o elemento que diferencia a união estável do casamento é tão-somente a forma de sua constituição. No entanto, tal elemento não é suficiente para autorizar o tratamento inferior dado aos companheiros no âmbito do direito sucessório.

Isso porque o Direito das Sucessões é um ramo do Direito que está intimamente ligado à existência da família, pois tem como finalidade básica a manutenção do patrimônio do falecido dentro grupo familiar²⁷⁹, de modo a garantir a sobrevivência de seus membros. Desse modo, é evidente que a forma de constituição da família – se por meio de um ato formal, ou se decorrente da simples convivência entre duas pessoas - não é elemento relevante para a produção dos efeitos sucessórios. Em outras palavras, o Direito das Sucessões visa tutelar a família como organismo social que promove o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, não importando o modo como ela se apresenta e nem a forma como ela se constitui. O que interessa para a produção dos efeitos sucessórios é, de fato, a própria existência da entidade familiar, a qual se forma tanto pelo matrimônio, como pela união estável.

Dessa forma, é evidente que o elemento que gera diferenciação entre a união estável e o casamento não é apto a atribuir direitos sucessórios desiguais às duas entidades familiares.

²⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 21.

²⁷⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.16.

Além disso, como leciona Ana Luiza Maia Nevares²⁸⁰, “o direito do sucessor legítimo surge em virtude da morte do *de cuius*, mas é ligado a uma relação já existente quando ocorre tal evento, oriunda de vínculos familiares”. Por essa razão, o Direito das Sucessões deve pautar-se na pessoa do sucessor pertencente à entidade familiar da qual fazia parte o *de cuius*, levando em consideração as peculiaridades do herdeiro e sua relação com o autor da herança no seio familiar. Assim, os herdeiros não devem receber simplesmente por pertencerem àquela entidade familiar, mas sim por terem mantido com o falecido uma verdadeira relação de afeto, respeito e solidariedade.

As relações familiares constituídas pela união estável e pelo matrimônio são idênticas em sua essência, pois formadas a partir dos mesmos laços de afetividade. Isso significa que cônjuge e companheiro ocupam a mesma posição dentro da entidade familiar, pois constroem uma vida em conjunto, partilhando as mesmas alegrias e sofrimentos inerentes a um relacionamento amoroso.

Por tal razão, se não há distinção entre os papéis desempenhados entre cônjuge e companheiro dentro da entidade familiar, é inexplicável que o legislador infraconstitucional tenha deixado de atribuir idêntico regramento sucessório a ambos. A forma como é prevista a sucessão do companheiro é, pois, inconstitucional, uma vez que fere o princípio da igualdade entre as diversas espécies de família.

Neste ponto, cabe trazer à baila as lições de Euclides de Oliveira:

Tenha-se em mente que a Constituição Federal, ao cuidar do ente familiar e estabelecer proteção jurídica aos seus componentes, deu-lhe uma conceituação ampla, admitindo que se origine não só do casamento civil ou religioso com efeitos civis, mas também da união estável entre o homem e a mulher, além de fazer menção à família monoparental, constituída por qualquer dos pais e seus descendentes. Sob esse aspecto, lamenta-se afirmar que a diferenciação conduzida no plano sucessório entre as duas espécies de família em exame, ou seja, a originária do casamento e a provinda da união estável, significa uma clara afronta ao princípio constitucional isonômico²⁸¹

No entanto, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não se afigura apenas em razão da violação ao princípio da igualdade, mas também face ao evidente retrocesso social que impôs aos companheiros. A proibição de retrocesso social é um princípio implícito na ordem constitucional brasileira que tem por finalidade assegurar que lei posterior não restrinja ou extinga direitos já consagrados por lei anterior. Em outros termos, é

²⁸⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 72.

²⁸¹ OLIVEIRA, Euclides de. Concorrência sucessória e a nova ordem de vocação hereditária. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 26-44, abr/mai, 2005. p. 42.

dizer que a partir do momento que o legislador, regulamentando norma constitucional, atribui certos direitos, estes se tornam imutáveis, no sentido de que não podem mais ser suprimidos ou reduzidos, sob pena de se incidir em verdadeiro retrocesso social.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso diz que “por esse princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”.²⁸²

Ainda, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que o princípio da vedação ao retrocesso social assume feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito, que se vincula ao princípio do Estado de Direito - pois atua de forma a garantir a estabilidade das relações jurídicas, que é inerente à segurança jurídica - e ao princípio do Estado Social - garantindo a manutenção de graus mínimos de segurança social já alcançados - sendo corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana²⁸³. Assim, pode-se dizer que o princípio da proibição do retrocesso atua como relevante fator assecuratório de um padrão mínimo de continuidade do ordenamento jurídico, na medida em que atua como barreira de proteção em face da conformação do legislador e da discricionariedade da administração²⁸⁴.

Com efeito, a Lei nº 8.971/94 regulou, pela primeira vez, o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão, conferindo-lhes o mesmo tratamento jurídico dado ao cônjuge. Como já visto, pelo art. 2º dessa Lei era assegurada ao companheiro a totalidade da herança, quando o *de cujus* não houvesse deixado ascendente ou descendente. Isso significa que o companheiro, além de receber os bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, tinha direito também aos bens exclusivos deixados pelo falecido, tudo isso, é claro, se não houvesse testamento dispondo o contrário. Além disso, o convivente não concorria com os parentes colaterais, pois figurava em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, recebendo integralmente a herança caso não houvesse herdeiro necessário. Posteriormente, com a Lei nº 9.278/96, que veio regulamentar o §3º, do art. 226, da Constituição Federal, ficou instituído o direito real de habitação do companheiro relativo ao imóvel de residência da família.

²⁸² BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 158-159.

²⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIRA, Érica Paula Barcha (Coord). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 95.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 108.

Diante desse cenário, se mostra evidente o retrocesso normativo dado pelo legislador quando dispôs sobre o regramento sucessório do companheiro no Código Civil de 2002. Além de restringir a herança do companheiro aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, este foi colocado na quarta ordem de vocação hereditária, perdendo lugar para os parentes colaterais. Não bastasse isso, enquanto ao cônjuge foi dado o *status* de herdeiro necessário e lhe atribuído o direito real de habitação, ao convivente, além de lhe ser suprimido tal direito, também não ostenta a mesma qualidade de herdeiro necessário, podendo, portanto, ficar totalmente desamparado com a morte de seu companheiro.

Conclui-se, pois, que o capítulo das sucessões, destinado à união estável, pelo Código Civil, demonstra claramente um retrocesso na matéria, na medida em que deixa de atribuir direitos que foram consagrados pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 aos companheiros.

Assim também entende Belmiro Pedro Welter²⁸⁵, para quem o princípio constitucional da proibição do retrocesso social impõe que os direitos de família constantes do texto constitucional, assim como os dispostos nas demais leis que tutelam a união estável (Leis nº 8.971/94 e 9.278/96) devem não só ser implementados pelo Estado, como jamais devem ser extintos. Nesta mesma linha de argumentação, José Sebastião de Oliveira²⁸⁶ assinala que os princípios constitucionais do Direito de Família e, por consequência, os do Direito das Sucessões, assumem função prospectiva, na medida em que atuam de forma a garantir que não haja retrocessos na evolução alcançada pela família brasileira, pois, se assim não fosse, estaríamos sujeitos à extinção de valores, “cuja perda pode comprometer a própria condição de dignidade humana e desfazer a noção de família que hoje conhecemos”²⁸⁷.

A toda evidência, esse retrocesso revela a tendência do legislador em se retomar a ideia de supremacia do casamento sobre as uniões informais²⁸⁸, demonstrando todo o preconceito que se tem em relação à união estável. Dessa forma, é certo dizer que o Código Civil, quando dispôs sobre a sucessão dos que vivem em união estável, ignorou os princípios e valores constitucionais que asseguram a pluralidade de formas de constituição de família, revelando nitidamente sua inconstitucionalidade.

Além disso, não se pode deixar de mencionar que o tratamento discriminatório dado aos partícipes da união estável, no âmbito do direito hereditário, além de ferir o princípio da

²⁸⁵ WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável**. 6. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 219.

²⁸⁶ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 274-276

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 274-276.

²⁸⁸ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 267.

igualdade e promover retrocesso social, também viola a dignidade da pessoa humana, na medida em que protege prioritariamente aqueles que escolheram se casar, em prejuízo daqueles que optaram por manter uma união informal. Ora, a Constituição Federal assegura a dignidade da pessoa humana, sem fazer qualquer espécie de discriminação e se “a dignidade da pessoa humana é igual a todos e, sendo a família um instrumento para a concretização desse princípio, todas as entidades familiares devem ter o mesmo grau de proteção, a mesma relevância no ordenamento jurídico brasileiro”²⁸⁹.

Ademais, não há dúvidas de que o legislador, ao valorizar parentes colaterais do *de cuius* que, em muitos casos, não mantêm sequer vínculos afetivos com o mesmo, em detrimento do companheiro sobrevivente, que foi aquele que compartilhou uma vida em comum e contribuiu para a aquisição do patrimônio a ser partilhado, ofende a dignidade da pessoa humana que é um dos princípios basilares do atual Direito de Família²⁹⁰.

Desse mesmo modo entende Euclides de Oliveira, para quem a destinação de parte da herança para outro parente, que não o companheiro sobrevivente, fere o princípio da dignidade da pessoa humana:

Acrescente-se que o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana acaba sofrendo violação quando não se observa a aplicação do direito de herança, na sua integralidade, ao sobrevivente de uma união familiar, por fato ligado à forma de sua constituição, ou seja, por não advir do casamento²⁹¹.

Assim, diante de todos os argumentos expostos, se mostra evidente a inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil, por violar diversos princípios constitucionais. Neste ponto, merecem destaque as lições de Zeno Veloso:

Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais²⁹².

²⁸⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 202.

²⁹⁰ TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro>>. Acesso em: 09/10/2012.

²⁹¹ OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 188.

²⁹² VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 165.

Esse, aliás, é o entendimento que vem sendo adotado, paulatinamente, pelos Tribunais pátrios. Veja-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²⁹³, em sessão realizada em 06/08/2012, julgou procedente, por maioria de votos, a Arguição de Inconstitucionalidade nº 0019097-98.2011.8.19.0000, que restou assim ementada:

“Família. União estável. Sucessão do companheiro. Restrição contida no artigo 1.790, inciso III, do novo Código Civil. Norma que faz prevalecer as relações de parentesco sobre aquelas da afetividade. Dispositivo que contraria a dignidade da pessoa humana, a isonomia e a consagração constitucional da união estável. Restrição que é rejeitada pela doutrina dominante, bem como se afasta da jurisprudência da Suprema Corte sobre a “nova família”. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente por maioria de votos. Inaplicável o efeito vinculante do art. 103 do Regimento Interno, por não ter sido atingido o quórum necessário”.(Incidente de Inconstitucionalidade Nº 0019097-98.2011.8.19.0000, Órgão Especial, Tribunal de Justiça do RJ, Relator: DES. BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO, Julgado em 06/08/2012).

Também na V Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, foi proposto enunciado, de autoria de Hamilton Elliot Akel, no qual se sustenta a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC²⁹⁴:

Enunciado: O art. 1.790 do CC afronta o princípio da igualdade, criando distinção do tratamento sucessório entre cônjuge e companheiro, que deve ser o mesmo, pelo que se o reputa inconstitucional.

Justificativa: Sob o prisma do princípio constitucional da dignidade humana e da igualdade, bem assim da consideração de que no texto constitucional não se estabeleceu maior hierarquia ou diferente densidade valorativa entre casamento e união estável, as incongruências entre o art. 1.790 do CC e a Constituição Federal acabam por gerar, no âmbito da sucessão hereditária, resultados que ora prejudicam o companheiro, ora causam lesão ao cônjuge. Não se trata, pois, de proteger a união estável ou o companheiro em detrimento do casamento, mas de harmonizar o sistema. Nem atribuir igual tratamento não significa identificar casamento e união estável. O que se reconhece é que, no âmbito sucessório, o mesmo tratamento devem ter o cônjuge e o companheiro. O art. 1.790 afronta este princípio de igualdade, ora em desfavor do cônjuge, ora do companheiro. Daí a sua inconstitucionalidade. (grifo nosso)

Portanto, como se vê, doutrina e jurisprudência estão evoluindo no sentido de tornar inaplicável o art. 1.790 do Código Civil, diante do tratamento inferior dado aos integrantes da união estável.

²⁹³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Arguição de Inconstitucionalidade 0019097-98.2011.8.19.0000**, 06/08/2012. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003BA949C2676AD8074DE10A958CEF6C7FC9AC4032E172F>>. Acesso em: 09/10/2012.

²⁹⁴ V Jornada de Direito Civil. Brasília. Conselho de Justiça Federal, 2011. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view>> Acesso em: 09/10/2012.

Entretanto, aqueles que defendem a constitucionalidade do referido artigo, se valem da ressalva feita pela Constituição Federal acerca da possibilidade de conversão da união estável em casamento. Para essa parcela minoritária da doutrina, o matrimônio e a união estável constituem entidades familiares diversas, sendo a primeira hierarquicamente superior à última e, portanto, conceder tratamento desigual àquilo que é desigual não violaria o princípio da igualdade. Assim, afirmam que não há óbice à aplicação do art. 1.790 do Código Civil, pois o legislador apenas utilizou a previsão constitucional de não equiparação dos efeitos das duas entidades familiares, para dar tratamento diferente a ambas.

Esse, inclusive, foi o fundamento arguido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Incidente de Inconstitucionalidade nº 70029390374²⁹⁵, para declarar constitucional o inciso III, do referido dispositivo. Em seu voto, a Desembargadora Redatora Maria Isabel de Azevedo Souza afirmou que:

Ao determinar a facilitação da conversão da união estável em casamento, distinguiu o Constituinte o casamento da união estável. Não há, portanto, equiparação constitucional entre a união estável e o casamento. Tivesse assim feito, não seria necessária a sua conversão em casamento, se assim fosse de interesse das pessoas. Teriam status de casadas todas as pessoas que mantivessem união estável. Não é, contudo, assim. [...] O tratamento distinto entre cônjuge e companheiro não padece de qualquer inconstitucionalidade. Aliás, conforme sinalado acima, tratou, também, distintamente, o Código Civil, ao efeito sucessório, os cônjuges, conforme o regime de bens. O legislador ordinário valeu-se do seu poder constitucional para tratar diferentemente as distintas situações jurídicas. Portanto, o artigo 1790, inciso III, do Código Civil – que disciplina a sucessão em caso de união estável – não padece de vício de inconstitucionalidade.

No entanto, por mais que se respeitem as razões invocadas para declarar a constitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil, tal entendimento não se harmoniza com os princípios e direitos fundamentais previstos na Lei Maior. Embora se saiba que o legislador tem discricionariedade para fazer as normas de direito sucessório como lhe convier, é evidente que ele deve respeitar os princípios constitucionais que orientam o ordenamento jurídico. O

²⁹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Tribunal Pleno. **Incidente de Inconstitucionalidade 70029390374**. Proponente: 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Léo Lima. Redator para acórdão: Maria Isabel de Azevedo Souza. Porto Alegre, 09/11/2009. Disponível em: <http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70029390374%26num_processo%3D70029390374%26codEmenta%3D3486585+70029390374&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70029390374&comarca=Porto+Alegre&dtJulg=09-11-2009&relator=Leo+Lima>. Acesso em: 09/10/2012.

regramento sucessório conferido ao companheiro, por certo, revela a arbitrariedade do legislador e expressa o ranço preconceituoso que se tem em relação às uniões estáveis²⁹⁶.

Ademais, há que se dizer que a Constituição Federal, ao ressaltar a possibilidade de se converter a união estável em casamento, não desprestigia, tampouco impõe uma hierarquia axiológica entre as duas espécies de família, mas visa tão-somente conferir maior segurança jurídica àquela relação, facilitando a prova judicial da existência do vínculo.

Importante destacar, ainda, que esse mesmo argumento - de que não há equiparação de efeitos entre a união estável e o casamento - invocado para legitimar o tratamento sucessório dado ao companheiro, outrora também era usado para afastar a possibilidade de se conceder alimentos aos companheiros²⁹⁷. No entanto, o mesmo Código Civil que faz tamanha discriminação no plano sucessório, agora coloca o companheiro como beneficiário da obrigação alimentar, em idêntica posição ocupada pelo cônjuge. Tal conclusão vem corroborar o fato de que a Constituição Federal não faz distinção de direitos entre as entidades familiares e que, portanto, o regramento sucessório previsto para os partícipes da união estável é, notadamente, inconstitucional.

Além disso, se a própria legislação tenta definir e estabelecer os contornos da união estável através dos elementos encontrados no casamento²⁹⁸, sendo diferente apenas pelo fato de não haver o ato solene, razão não há para que na hora de se atribuir direitos sucessórios o mesmo legislador queira realizar diferenciações entre uma e outra entidade familiar. No âmbito do direito de família, a união estável já está em posição de igualdade com o casamento, na medida em que lhe foram outorgados os mesmos direitos e deveres concedidos aos cônjuges, o que demonstra, mais uma vez, a incongruência do Código Civil de 2002.

Dessa forma, sendo notório que o regramento sucessório conferido ao cônjuge viola o princípio da igualdade e da vedação ao retrocesso social e fere a dignidade da pessoa humana, outra solução não há, senão a declaração da inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil, devendo-se aplicar, por analogia, o art. 1.829 do mesmo diploma.

²⁹⁶ CRUZ, Elisa Costa. A constitucionalidade do direito sucessório dos companheiros no Código Civil de 2002. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 11. n. 53, p. 44-55, abr/mai, 2009. p. 47.

²⁹⁷ A Carta constitucional evitou a equiparação do concubinato ao casamento, pela proeminência que deu a este último instituto. Assim, a obrigação alimentar entre os concubinos escapa ao âmbito da norma do art. 226, 3º. O dispositivo cria a função de assistência para o Estado, não para o companheiro frente à companheira e vice-versa (4º CCTJSP, Ap. n. 144. 783-1/7, v. un. Em 20/06/1991, rel. Des. Vianna Cotrim, RT 674/107) em PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 80.

²⁹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 34.

4 CONCLUSÃO

O progressivo aumento das uniões informais, verificado a partir do século XX, foi fruto das modificações que aconteceram na sociedade, as quais culminaram na transição da concepção de família tradicional para a família eudemonista, ou seja, aquela fundada no afeto e que tem como um de seus objetivos garantir a felicidade de seus membros. Muito embora a sociedade visse com maus olhos as uniões extramatrimoniais - que recebiam, inclusive, a pecha de concubinato impuro - essa era a única forma encontrada pelas pessoas impedidas de casar, de constituir uma nova família. Assim, aos poucos, as uniões informais foram ganhando espaço na sociedade e começaram a reivindicar proteção. Os Tribunais pátrios, visando diminuir as injustiças, passaram a conceder alguns benefícios à concubina, sem, contudo, reconhecer que em tais relações existia efetivamente uma família.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, entrou em vigor o art. 226, §3º que alargou o conceito de família para incluir a união estável e a família monoparental como entidades familiares dignas da proteção do Estado. A partir desse momento, o afeto, que antes era ignorado pelo Direito, entra como valor implícito no ordenamento jurídico, consolidando o princípio constitucional da pluralidade de arranjos familiares.

Com efeito, embora a união estável já fosse reconhecida, muito se discutia acerca da auto-aplicabilidade do dispositivo constitucional. Em 1994, foi editada a Lei nº 8.971 que regulou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, exigindo que os companheiros fossem solteiros, divorciados, separados ou viúvos e impondo o prazo mínimo de cinco anos de convivência para que pudesse ser reconhecida a relação familiar, salvo na hipótese da existência de prole.

Posteriormente, em 1996, veio a Lei nº 9.278, que regulamentando o §3º, do art. 226 da Constituição Federal, possibilitou o surgimento da união estável entre pessoas separadas de fato e aboliu a exigência de prazo mínimo para a configuração da entidade familiar. Previu, ainda, o direito de assistência moral e material, a comunicação dos aquestos, o direito real de habitação, estabeleceu os requisitos para a conversão da união estável em casamento e, por fim, reafirmou a competência das Varas de Famílias para dirimir controvérsias relativas à matéria.

Com o Código Civil de 2002, a união estável foi recepcionada no art. 1.723, o qual estabeleceu a convivência pública, contínua e duradoura, a diversidade de sexos, o ânimo de constituir família e a inexistência de impedimentos matrimoniais como requisitos que orientam os aplicadores do direito no reconhecimento da união estável. Embora tais requisitos

estejam expressos na legislação, a coabitação e a diversidade de sexos são elementos dispensáveis para configuração da união estável, conforme entendimento consolidado dos Tribunais. Além disso, a jurisprudência vem se posicionando no sentido de também relativizar o requisito da inexistência de impedimento matrimonial, na medida em que está, paulatinamente, atribuindo efeitos jurídicos às uniões paralelas. A mitigação desses requisitos evidencia, mais uma vez, que o elemento que importa na constituição de uma família é o afeto e, por isso, ele também deve ser constitucionalmente protegido.

No entanto, embora a união estável tenha sido amplamente reconhecida como entidade familiar, não só pelo ordenamento jurídico, mas também pela própria sociedade, ocupando a mesma posição jurídica conferida ao matrimônio, a doutrina e jurisprudência divergem acerca da existência de hierarquia entre as duas entidades familiares e a possibilidade de equiparação dos efeitos dos dois institutos. Embora muitos autores argumentem que o constituinte decidiu dar primazia ao matrimônio, pelo fato de ressaltar a possibilidade de se converter a união estável em casamento, é certo que essa interpretação não merece prosperar. Isso porque a união estável e o matrimônio constituem espécies de família fundadas nos mesmos vínculos afetivos e possuem a mesma função de promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros. Assim, se as duas entidades familiares se originam da mesma forma e possuem a mesma finalidade, imprimir discriminação a uma delas, fere a dignidade da pessoa humana, que é princípio informador do Direito de Família. Por tal razão, afirma-se que a equiparação de efeitos da união estável ao casamento é consectário lógico do reconhecimento da união estável como entidade familiar e, portanto, os mesmos direitos conferidos aos cônjuges também devem ser atribuídos aos companheiros.

No plano infraconstitucional já se percebe que o legislador procurou equiparar os efeitos da união estável aos do matrimônio em diversos ramos do Direito, especialmente no âmbito do Direito de Família, na medida em que concede aos companheiros a possibilidade de pleitear alimentos; garante proteção ao bem de família oriundo de união estável; atribui como regime legal de bens o da comunhão parcial; concede os mesmos deveres de criação e proteção da prole, além de possibilitar o parentesco por afinidade, que antigamente era exclusivo das relações matrimoniais.

Todavia, se de um lado o diploma civilista deu tratamento paritário à união estável e ao casamento, de outro promoveu lamentáveis diferenciações conduzidas, principalmente, no plano sucessório. Com o advento do Novo Código, o Direito Hereditário sofreu modificações que foram bastante festejadas pela doutrina, pois ampliaram o direito do cônjuge ao recebimento da herança, conferindo-lhe mais proteção. Entretanto, no que se refere ao direito

dos companheiros, o mesmo não se verificou. Esperava-se que o companheiro supérstite também tivesse melhorada a sua forma de suceder, garantindo-lhe a igualdade de direitos em relação ao cônjuge.

Como se pode perceber, as desigualdades já iniciam no modo como foi inserida a sucessão do companheiro, pois foi prevista no capítulo das Disposições Gerais, ao invés de constar no capítulo referente à Ordem de Vocação Hereditária, ao lado do cônjuge. Esse tratamento, de imediato, demonstra a posição inferior dada à união estável em relação à posição sucessória do cônjuge.

Assinala-se, também, a disparidade de tratamento no que tange à condição de herdeiro necessário, a qual, no art. 1.845, foi atribuída apenas ao cônjuge, sendo silente o Código Civil no que se refere aos companheiros. A ausência de tal previsão demonstra toda a desimportância com que o legislador ordinário tratou a união estável, pois, ao contrário do cônjuge, o companheiro sobrevivente pode nada receber, se o *de cuius* assim dispuser em testamento.

Além disso, pelo Código Civil de 2002, o companheiro tem direito de herança apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Essa regra restritiva não existia na Lei nº 8.971/94, pela qual o companheiro podia herdar a integralidade do acervo hereditário quando inexistissem herdeiros necessários. Ao cônjuge, por outro lado, é garantida a sucessão sobre os bens particulares do *de cuius*, nos quais não é contemplado com a meação.

O diploma civil também modificou a ordem de vocação hereditária, colocando o cônjuge em terceiro lugar, sendo preferido, portanto, aos colaterais. Entretanto, o companheiro deixa de figurar em terceiro lugar, como era previsto na Lei nº 8.971/94, para concorrer com parentes colaterais até o quarto grau, em total desrespeito à afetividade que o companheiro sobrevivente tinha com relação ao falecido.

Da mesma forma, o quinhão de cônjuges e companheiros é desigual. O art. 1.832, que trata da sucessão dos cônjuges, dispõe que na concorrência com descendentes, ele recebe quinhão igual aos que receberem por cabeça, sendo-lhe assegurada, ainda, a garantia da quarta parte da herança. O mesmo, entretanto, não ocorreu no art. 1.790, pelo qual o companheiro, além de não ter direito à garantia mínima, se concorrer com filhos do autor da herança, receberá apenas a metade da quota que couber aos filhos e, se concorrer com outros parentes, terá direito a 1/3 da herança. Assim, ascendentes e colaterais receberão, além de 2/3 dos bens que o próprio companheiro sobrevivo ajudou a construir, a totalidade dos bens particulares do

falecido. Essas disparidades demonstram, mais uma vez, que o legislador procurou beneficiar apenas os cônjuges, conferindo menos direitos aos companheiros.

Além disso, para acentuar ainda mais o tratamento reducionista dado à união estável, o legislador simplesmente deixou de conferir o direito real de habitação aos conviventes – o qual também era assegurado pela Lei nº 9.278/96 -, ao passo que ao cônjuge supérstite consagrou a manutenção de tal direito.

Com efeito, neste paralelo entre cônjuge e companheiro se evidencia a discriminação com que o legislador tratou o direito sucessório do companheiro, ferindo o princípio constitucional da igualdade e da dignidade da pessoa humana e promovendo verdadeiro retrocesso social, na medida em que extirpou, do ordenamento jurídico, diversos direitos já consagrados pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 aos conviventes. Não se pode olvidar que a Constituição Federal equiparou as duas entidades familiares, dando-lhes a mesma proteção jurídica, de forma que é totalmente injustificável e revoltante a diferenciação levada a efeito pelo Código Civil de 2002.

Por fim, há que se ter em mente que se é a afetividade que consolida os vínculos familiares, é essa mesma afetividade que deve pautar a ordem de vocação hereditária. Desse modo, o companheiro deve receber a herança nas mesmas condições que o cônjuge, pois ambos possuíam, ao tempo da morte, o mesmo grau de afeto com o autor da herança. É irrelevante para o direito sucessório a forma como foi inaugurada a família, não se podendo, portanto, fazer distinções, cujo fundamento jurídico esteja assentado nessa característica.

Diante de todo o exposto, não há dúvidas de que o art. 1.790 do Código Civil é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, de modo que cabe aos Tribunais declararem a sua inconstitucionalidade, aplicando, por analogia, o regramento sucessório conferido ao cônjuge, pois só assim será possível dar tratamento igualitário às duas formas de constituição de família.

REFERÊNCIAS

- ANTONINI, Mauro. Livro V: do direito das sucessões. In: PELUSO, Antônio Cezar (Coord). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. Barueri: Manole, 2009.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BAPTISTA, Sílvio Neves. União estável de pessoa casada. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord). **Novo Código Civil: questões controvertidas no direito de família e sucessões**. v. 3. 2. t. p. 301-313. São Paulo: Método, 2006.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14/06/2012.
- _____. **Decreto n. 24.637**, de 10 de julho de 1934. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24637-10-julho-1934-505781-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 06/11/2012.
- _____. **Decreto-Lei n. 7036**, de 10 de novembro de 1944. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/24/1944/7036.htm>>. Acesso em: 06/11/2012.
- _____. **Lei n. 3.071**, de 1º, de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 07/11/2012.
- _____. **Lei n. 4.121**, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1962/4121.htm>>. Acesso em: 06/11/2012.
- _____. **Lei n. 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015.htm>. Acesso em: 06/11/2012.
- _____. **Lei n. 8.245**, de 18 de outubro de 1991. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em: 06/11/2012.
- _____. **Lei n. 8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 06/11/2012.
- _____. **Lei n. 9.278**, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm>. Acesso em: 06/11/2012.
- _____. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 06/11/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 992.749/MS**. Recorrente: Gustavo Alves de Souza e outros. Recorrido: Paula Rosa de Souza. Relator: Min. Nancy Andrichi. Brasília, 01/12/2009. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=5015618&num_registro=200702295979&data=20100205&tipo=5&formato=PDF>.
Acessado em: 06/07/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1156744/MG**. Recorrente: JP Espólio. Recorrido: MAA. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, 09/10/2012. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=uni%E3o+est%E1vel+e+sucess%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1#>>. Acessado em: 12/11/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF**. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05/05/2011. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20/10/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 380**, de 03 de abril de 1964. Disponível em:
<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0380.htm>.
Acesso em: 14/08/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 382**, de 12 de maio de 1964. Disponível em:
<<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0382.htm>>.
Acesso em: 07/11/2012.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões v. 6. 2. ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAHALI, Yussef Said. Do direito de alimentos no concubinato. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CHAVES, Sérgio Fernando Vasconcellos. A família e a união estável no novo Código Civil e na Constituição Federal. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

COL, Helder Martinez Dal. A união estável perante o Novo Código Civil. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org). **Família e Sucessões: entidades familiares**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A Constituição Federal e a união estável entre homem e mulher. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CRUZ, Elisa Costa. A constitucionalidade do direito sucessório dos companheiros no Código Civil de 2002. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 11. n. 53, p. 44-55, abr/mai, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Ponto-e-vírgula**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_ponto_e_v%EDrgula.pdf>. Acesso em: 02/07/2021.

_____. **Ponto final**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_ponto_final.pdf>. Acesso em: 02/07/2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v. 5. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. v. 6. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ESTROUGO, Mônica Guazelli. O princípio da igualdade aplicado à família. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; Araújo, Luís Ivani de Amorim (Coord). **Direito de Família contemporâneo e os novos direitos: estudos em homenagem ao professor José Russo**. Rio de Janeiro: Florense, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas 'versus' famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional)**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/22426>>. Acesso em: 23/06/2012.

FILHO, Fernando Malheiros. **União estável**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Concorrência Sucessória à luz dos princípios norteadores do CC/2002. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 7. n. 29, p. 11-25, abr/mai, 2005.

_____. O direito de família na Justiça Federal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Família e Responsabilidade: teoria e prática do direito de família**. Porto Alegre: Magister, 2010.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 7. n. 29, p. 88-126, abr/mai, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho. **Direito de Família: diversidade e multidisciplinaridade**. p. 11-26. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2007.

_____. O sistema de vocação concorrente do cônjuge e/ou companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos brasileiro e italiano. **Revista Brasileira de Família**, Porto Alegre, v. 7. n. 29. p. 45-86, abr/mai, 2005.

I Jornada de Direito Civil. Brasília. Enunciado n.117. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>>. Acesso em: 03/07/2012.

III Jornada de Direito Civil. Brasília. Enunciados n. 270 e 226. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>>. Acesso em: 03/07/2012.

JÚNIOR, Aldemiro Rezende Dantas. Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 7. n. 29, p. 128-143, abr/mai, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A nova ordem de vocação hereditária e a sucessão dos cônjuges. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org). **Família e Sucessões: entidades familiares**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Concubinato frente à nova Constituição: hesitações e certezas. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: direito de família e sucessões**. v. 5. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia>>. Acesso em: 14/07/2012.

_____. **Entidades familiares constitucionalizadas:** para além do numerus clausus. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14/07/2012.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito de família.** v. 2. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo código civil e a união estável. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org). **Família e Sucessões: entidades familiares.** v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NETO, Inácio de Carvalho. A sucessão do cônjuge e do companheiro. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org). **Família e Sucessões: entidades familiares.** v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no código civil de 2002: uma abordagem à luz do direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito de Família,** Porto Alegre, n. 36, p. 139-169, jun/jul, 2006.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família: direito matrimonial.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990. p. 76.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Distinção Jurídica entre união estável e concubinato. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord). **Novo Código Civil: questões controvertidas no direito de família e sucessões.** v. 3. 2. t. p. 239-260. São Paulo: Método, 2006.

OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão.** São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Concorrência sucessória e a nova ordem de vocação hereditária. **Revista Brasileira de Direito de Família,** Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 26-44, abr/mai, 2005.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável.** 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. Da União Estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Divorcio: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

_____. **Novo Código e legislação correlata da família**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Arguição de Inconstitucionalidade 0019097-98.2011.8.19.0000**. Arguente: 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro, 06/08/2012. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003BA949C2676AD8074DE10A958CEF6C7FC9AC4032E172F>>. Acesso em: 09/10/2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 70045853652**.

Agravantes: Espólio de André Luiz da Silva Portela e Andressa Pricila Portela. Agravado: Andriele Duarte Portela. Relator: Liselena Schifino Ribeiro. Porto Alegre, 28/03/2012.

Disponível em:

<http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26verso_o_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70045853652%26num_processo%3D70045853652%26codEmenta%3D4613413+70045853652.++&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70045853652&comarca=Soledade&dtJulg=28-03-2012&relator=Liselena+Schifino+Robles+Ribeiro>. Acesso em: 15/10/2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70005488812**. Apelante/Apelado: S.T..

Apelante/Apelado: D.A.P. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre, 25/06/2003.

Disponível em:

<http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26verso_o_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70005488812%26num_processo%3D70005488812%26codEmenta%3D628196+70005488812&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70005488812&comarca=PORTO+ALEGRE&dtJulg=25-06-2003&relator=Jos%E9+Carlos+Teixeira+Giorgis>. Acesso em: 15/10/2012. Acesso em: 15/10/12

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70039284542**. Apelante/ Apelado: A.P.K.

Apelante/Apelado: E.S.B. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 23/12/2010. Disponível em:

<http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26verso_o_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70039284542%26num_processo%3D70039284542%26codEmenta%3D3937049+70039284542&si>

te=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70039284542&comarca=Novo+Hamburgo&dtJulg=23-12-2010&relator=Rui+Portanova>. Acesso em: 23/10/2012.

_____. Tribunal de Justiça. Tribunal Pleno. **Incidente de Inconstitucionalidade 70029390374**. Proponente: 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Léo Lima. Porto Alegre, 09/11/2009. Disponível em:

<http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26verso_o_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70029390374%26num_processo%3D70029390374%26codEmenta%3D3486585+70029390374&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70029390374&comarca=Porto+Alegre&dtJulg=09-11-2009&relator=Leo+Lima>. Acesso em: 09/10/2012.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: será que precisamos mudar o Código Civil? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 191-222, abr/mai, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. v. 6. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALGASSO, Elvis Moisés. **Dissolução da união estável pela morte**: o direito real de habitação do companheiro sobrevivente. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Direito%20real%20de%20habita%C3%A7%C3%A3o%2024_04_2012.pdf> . Acesso em: 14/07/2012.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **A sucessão do companheiro no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/83>>. Acesso em: 16/07/2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIRA, Érica Paula Barcha (Coord). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro>>. Acesso em: 09/10/2012.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares**. Disponível em:

<<http://d.yimg.com/kq/groups/15017587/813150887/name/GUSTAVO+TEPEDINO+Rela%C3%A7%C3%B5es+Familiares.pdf>>. Acesso em: 15/06/2012.

_____. Controvérsias sobre a tutela sucessória do cônjuge e do companheiro no Direito brasileiro. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 112, p. 53-63, 2011.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin Moraes. **A caminho de um direito civil constitucional.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>> Acesso em: 16/07/2012.

TUSA, Gabriele. Sucessão do companheiro: concorrência com descendentes comuns e exclusivos do autor da herança. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família.** Porto Alegre: Magister, 2010.

VELOSO, Zeno. **Código civil comentado:** v. 17, arts. 1694 a 1783. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro.** São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil:** direito das sucessões. v. 6. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

V Jornada de Direito Civil. Brasília. Conselho de Justiça Federal, 2011. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view>> Acesso em: 09/10/2012.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável.** 6. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

_____. **Teoria tridimensional do direito de família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.