



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS
E DESENVOLVIMENTO – MESTRADO

ALINE FERNANDES MENDES

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA FORMA SUCESSÓRIA
DOS COMPANHEIROS, PREVISTA NO ARTIGO 1.790
DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

GOIÂNIA

2015

ALINE FERNANDES MENDES

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA FORMA SUCESSÓRIA
DOS COMPANHEIROS, PREVISTA NO ARTIGO 1.790
DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Dimas Duarte Júnior.

GOIÂNIA

2015

Dados Internacionais de Catalogação da Publicação (CIP)
(Sistema de Bibliotecas PUC Goiás)

M538i Mendes, Aline Fernandes.
A inconstitucionalidade da forma sucessória dos
companheiros prevista no artigo 1.790 do Código Civil de 2002
[manuscrito] / Aline Fernandes Mendes – Goiânia, 2015.
106 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica
de Goiás, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em
Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, 2015.

“Orientador: Prof. Dr. Dimas Duarte Júnior”.

Bibliografia.

1. União estável. 2. Herança e sucessão. 3. Ação de
inconstitucionalidade. I. Título.

CDU 347.628(043)

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
MESTRADO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO

COMPLEMENTO DA ATA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO

NOME DO CANDIDATO: ALINE FERNANDES MENDES

MATRÍCULA: 2014.1.2101.0001-2

TÍTULO DO TRABALHO: "A INCONSTITUCIONALIDADE DA FORMA SUCESSÓRIA DO
COMPANHEIRO PREVISTA NO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002"

NOME DO ORIENTADOR: Prof. Dr. Dimas Pereira Duarte Junior

CONCEITO: (A) (A, B, C ou D)

APROVADO

DISSERTAÇÃO
APROVADA COM
MODIFICAÇÕES

REPROVADO

PARTICIPANTES

ORIENTADOR Dr. Dimas Pereira Duarte Junior / PUC Goiás (Presidente)

MEMBRO Dr. José Antônio Tietzmann e Silva / PUC Goiás

MEMBRO Dra. Rejaine Silva Guimarães / Uni-RV

DEDICATÓRIA

Arlene Fernandes Mendes (*in memorian*),
Irides Ferreira (*in memorian*), Maria
Conceição Fernandes (*in memorian*)
Sebastião José Fernandes (*in memorian*)
e Sônia Divina Ferreira (*in memorian*),
pois tenho certeza que apesar de nos
encontrarmos em planos espirituais
diferentes, continuam torcendo por mim e
vibrando com as minhas conquistas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me oportunizado mais uma existência, pela minha vida maravilhosa e feliz e, por estar sempre ao meu lado, me concedendo oportunidades de crescimento.

A meus pais, Ariovaldo Jesus Mendes e Gelvair Fernandes Mendes, por serem o meu maior exemplo de fortaleza e dignidade, pelos esforços dedicados a mim e aos meus estudos, e por me ensinarem que o conhecimento é a melhor herança que se pode deixar a um filho, pois esta “ninguém jamais vai lhe tomar”.

Ao meu amado marido, Roseval Rodrigues da Cunha Filho, pelo apoio incondicional de sempre e por me fazer tão feliz. Você certamente foi um dos melhores presentes que a vida me deu. O laço do nosso amor foi atado de uma maneira indecifrável; pelo companheirismo, pela dedicação, pela paciência, pelo apoio e pelo esforço contínuo para que tudo sempre dê certo.

À minha querida família, tia Delvair, Leonardo, Renata e Eduardo, pela torcida e incentivos que sempre me motivaram a seguir em frente.

Ao meu orientador, Prof. Dr Dimas Duarte Júnior, pela paciência e por todo auxílio a mim dedicado.

Às minhas amigas pela paciência, compreensão, apoio e torcida.

Porque você nunca vai ouvir alguém dizer que se arrependeu de ter estudado.

Matheus Muniz

Não seja escravo do seu passado. Mergulhe em mares grandiosos, vá bem fundo e nade até bem longe, e voltará com respeito por si mesmo, com um novo vigor, com uma experiência a mais que explicará e superará a anterior.

Ralph Waldo Emerson

RESUMO

Para elaboração do presente trabalho foi utilizado o método dialético e a estrutura divide-se em três capítulos. O estudo versa sobre o instituto da união estável, analisando a sua evolução histórica desde a Idade Antiga, atravessando o Direito Romano, a Idade Média e finalmente chegando ao Direito Brasileiro, que antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 reconhecia o direito dos companheiros através de leis esparsas, decisões judiciais e súmulas jurisprudenciais. Todavia, com o advento da Carta Magna de 1988, houve o reconhecimento expresso da união estável como entidade familiar merecedora da proteção Estatal, sendo publicada no ano de 1994 a Lei nº 8.971 e, posteriormente, no ano de 1996 a Lei 9.278 que regulamentaram o aludido instituto até a publicação do novo Código Civil, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que, por sua vez, se apresentou como verdadeiro retrocesso legislativo quanto aos direitos dos companheiros a título sucessório, haja vista que a norma contida do artigo 1.790 do referido Diploma Legal lhe destina formato de sucessão diverso e inferior ao do cônjuge, apesar da equiparação constitucional. Diante de tal violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, a doutrina e jurisprudência de vanguarda manifestaram-se contra a aludida previsão legal e apontaram a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002. Situação esta que, após ser levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal encontra-se pendente de apreciação e julgamento pela Corte Suprema.

Palavras-chave: União estável. Sucessão. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

For preparation of this work we used the dialectical method and the structure is divided in three chapters. The study is about the stable union institute, analyzing its historical evolution from the Ancient Age, crossing the Roman Law, the Middle Ages and finally coming to Brazilian law, that prior to the enactment of the Federal Constitution of 1988 recognized the right of the companions through sparse laws, court decisions and case law precedents. However, with the advent of the 1988 Constitution, there was the explicit recognition of common-law marriage as worthy family entity of the State protection, being published in 1994 Law No. 8971 and later in 1996 the Law 9278 which regulated the alluded institute until the publication of the new Civil Code, Law 10.406 of January 10, 2002, which, in turn, introduced himself as a true legislative setback regarding the rights of colleagues to inheritance title, considering that the rule contained in Article 1790 of the said legal diploma you intended diverse succession of format and less than the spouse, despite the constitutional parity. Faced with such a violation of the principle of human dignity, the Federative Republic of Brazil ground of doctrine and jurisprudence forefront demonstrated against the referred legal provision and pointed out the unconstitutionality of Article 1790 of the Civil Code of 2002. Situation this that, after being brought to the attention of the Supreme Court is pending consideration and judgment by the Supreme Court.

Key-words: Stable Union. Succession. Unconstitutionality.

LISTA DE ABREVIATURAS

Nº - Número

NCC - Novo Código Civil

Pág. - Página

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TSE - Tribunal Superior Eleitoral

TJGO - Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TJRS - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

RESUMO.....	7
ABSTRACT.....	8
LISTA DE ABREVIATURAS.....	9
INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 - ANÁLISE HISTÓRICA E FILOSÓFICA SOBRE AS FAMÍLIAS	20
1.1. Conceituação e origem das famílias.	20
1.2. A intervenção estatal e o surgimento do afeto nas relações familiares	25
1.3. As famílias no Código Civil de 1916.	35
1.4. As alterações trazidas pela Lei 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada)	36
1.5. A Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio)	39
1.6. A concepção das famílias após a Constituição Federal de 1988.	43
1.7. As famílias no Código Civil de 2002.	45
CAPÍTULO 2 - UNIÃO ESTÁVEL.....	47
2.1. Evolução histórica da União Estável	47
2.2. Requisitos configuradores da União Estável	55
2.2.1. Notoriedade.....	56
2.2.2. Fidelidade.....	58
2.2.3. Convivência.....	59
2.3. Primeiros direitos adquiridos pelos companheiros	61
2.3.1. A Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994.	61
2.3.2. A Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996.	62
2.4. União estável homoafetiva	64
2.5. A equiparação ao matrimônio sob o regime da comunhão parcial de bens	70
2.6. Formas de extinção da união estável	72
CAPÍTULO 3 - A INCONSTITUCIONALIDADE DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO	75
3.1. O direito das sucessões	75

3.1.1. Aspectos históricos e conceituação	77
3.2. A constitucionalização do direito sucessório	79
3.3. Conceito e classificação dos herdeiros	81
3.4. A sucessão dos cônjuges.....	83
3.5. A sucessão dos companheiros.....	86
3.6. A inconstitucionalidade da sucessão do companheiro	90
CONSIDERAÇÕES FINAIS	98
BIBLIOGRAFIA	101

INTRODUÇÃO

O problema desta dissertação diz respeito à suposta inconstitucionalidade da forma atual de sucessão das pessoas que vivem em regime de união estável, principalmente após o advento do Código Civil de 2002, e a sua violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, o ponto de partida é compreensão da evolução histórica e filosófica do conceito de família, do casamento e da união estável a qual, atualmente, é protegida pelo Direito de Família.

Inicialmente, necessário destacar que a união estável não é uma forma de convivência familiar recente, haja vista que antes mesmo de ser reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como entidade familiar e a partir de então ter recebido proteção do Estado já era exercida por inúmeros casais apesar de no início do século XX ter recebido a denominação pejorativa de concubinato.

À época, as relações familiares eram reguladas pelo Código Civil de 1916, diploma este que admitia o casamento como única forma de constituição familiar. Tal entendimento foi adotado pela Carta Magna de 1967, que através da inserção da Emenda Constitucional nº 69/67 alterou as regras insculpidas no artigo 167 que foram posteriormente alteradas com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Assim, observa-se que a união estável, sempre existiu apesar da intensa resistência da sociedade e da Igreja que repudiavam de forma veemente seu reconhecimento como entidade familiar.

Todavia, a Constituição Federal de 1988 tentou encerrar a desigualdade existente entre as famílias advindas do casamento e aqueles frutos de uniões estáveis ao argumento da impossibilidade de discriminação dos conviventes e sua prole, tendo em vista que a função do texto legal é proteger as relações entre pessoas e não prejudicá-las como ocorria sob o advento das normas anteriores.

Inolvidável que a atual norma constitucional foi promulgada com o intuito de adequar o texto constitucional à evolução social, trazendo a equiparação entre as famílias advindas da união estável e do casamento.

Com o advento da norma constitucional os direitos dos companheiros receberam proteção Estatal, tornando-se o companheiro a pessoa com a qual se

dividirá os anseios e os dissabores de uma vida em conjunto e se constituirá uma família sem o peso da clandestinidade.

Todavia, apesar do reconhecimento constitucional, com o advento do Código Civil de 2002 iniciaram-se os conflitos quanto à forma de sucessão dos companheiros eis que apesar do próprio Diploma Legal em seu artigo 1.725 equiparar a união estável ao casamento sob o regime da comunhão parcial de bens, as normas civis pertinentes à sucessão dos companheiros elencam formatos de partilha diferentes entre cônjuges e companheiros de forma manifestamente prejudicial ao segundo.

No segundo momento, torna-se necessário a análise da hierarquia das normas segundo o formato apresentado por Hans Kelsen e aceito pelo ordenamento jurídico pátrio, através da qual as normas constitucionais encontram-se no topo da pirâmide trazida pela teoria Kelsiana e abaixo das mesmas encontram-se elencadas as normas infraconstitucionais que, por suas vezes, não podem ser contrárias às regras estabelecidas pela Carta Magna.

No terceiro momento, imprescindível a análise das normas sucessórias elencadas no Código Civil de 2002, as quais se reportam aos formatos de partilha dos bens deixados pelo *de cujus* aos seus herdeiros de acordo com o regime de bens escolhido pelo casal no momento da celebração do matrimônio ou da constituição da união estável.

Em seguida, compreende-se o conceito de dignidade da pessoa humana de forma conjugada com a liberdade e como este princípio informativo e basilar da democracia orienta a proteção jurídica e social do Estado para com seus cidadãos.

Através de tal análise será possível observar que apesar do reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar e das normas elencadas no artigo 1.725 do Código Civil de 2002 vincularem o regime patrimonial da união estável, na ausência de contrato escrito pelos companheiros, ao da comunhão parcial de bens, as regras descritas no artigo 1.790 do mesmo Diploma Legal ao estabelecer a forma sucessória do companheiro fixa a partilha dos bens deixados pelo falecido de forma gravosa aos mesmos, haja vista que receberão patrimônio inferior aos cônjuges sob o mesmo regime patrimonial, situação esta que viola o princípio da dignidade da pessoa humana eis que diante do reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar, as normas

infraconstitucionais não podem estabelecer formatos diferentes de partilha de bens entre cônjuges e companheiros sob o mesmo regime patrimonial.

Dessa forma, a pesquisa tem por objetivo investigar se as normas contidas no artigo 1.790 do Código Civil revelam-se um mecanismo de discriminação do companheiro no momento da sucessão dos bens deixados por seu par e em que aspectos tais normas se mostram inconstitucionais e violadoras do princípio da dignidade da pessoa humana.

Este assunto se torna importante para demonstrar a desigualdade jurídica existente entre as pessoas que contraem matrimônio daquelas que vivem em união estável, principalmente no âmbito sucessório.

Acredita-se que essa reflexão é o caminho exigido pela trajetória da humanidade que vem sendo delineada por altos e baixos, num ciclo que exige a cada nova etapa uma adaptação em que novos paradigmas são forjados na incessante busca por justiça. De tal forma, acredita-se que novas ressignificações são capazes de alterar o *status quo* em busca de uma nova cidadania integradora, ampla o suficiente para todos os integrantes da sociedade.

Segundo os discursos democráticos dos Estados Liberais mundo afora o ser humano é a tônica das relações sociais, pois sendo um ser que titulariza direitos ocupa um lugar central dentro do Estado e da sociedade.

O que orienta essa perspectiva é o Princípio da Dignidade Humana insculpido no artigo 1º da Constituição Federal e tido como um valor estruturante dos Estados Modernos, sendo que a dignidade é garantida por meio de um conjunto de valores que possam promover o bem estar de todas as pessoas indiscriminadamente. De tal sorte, só se realiza a justiça e a paz tendo-se em vista a pessoa como fundamento de toda a ordem social e jurídica.

O grande problema é que em meio a valor jurídico tão estimado como a dignidade humana, somado à garantia da lei de que todos são iguais e livres, pessoas são discriminadas por não adotarem os formatos tradicionais de constituição familiar.

Assim, a problemática desta dissertação reside no objetivo de investigar se o formato de sucessão fixado pelo Código Civil de 2002 aos companheiros viola os preceitos constitucionais relativos à proteção familiar, à igualdade e à dignidade da pessoa humana.

Desta forma, de início cumpre a esta pesquisa perseguir uma compreensão: tendo a Constituição Federal de 1988 regulamentado a união estável como entidade familiar equiparando-a ao casamento e tendo o artigo 1.725 do Código Civil fixado que salvo em casos de contrato firmado entre as partes o regime patrimonial da união estável será o da comunhão parcial de bens, podem as normas descritas no artigo 1.790 do Código Civil estabelecerem formatos de partilha distintos entre cônjuges e companheiros? Em que aspectos a distinção nos formatos de partilhas dos bens deixados pelos pares viola o princípio da dignidade da pessoa humana?

Ao longo de gerações as sociedades são tidas como um reflexo mais amplo das entidades familiares. Por tal motivo, cada uma destas instituições busca externar o comportamento mais próximo daquele que se tem no ambiente familiar, para que as pessoas assim a compreenda.

Decorrente desta preocupação surgiu a visão do que seria a família ideal, tida por aquela constituída pelos cônjuges, de sexos diversos, e por seus descendentes – preferencialmente consanguíneos-, advinda da hierarquia.

No entanto, por forças dos anseios humanos, as famílias não seguem sempre o mesmo modelo estrutural e em decorrência desta “padronização familiar” surgem as discriminações sobre as famílias que não seguiram o protótipo tido como regular. Neste contexto, o reflexo desta edificação social é observado no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de se tratar de uma lei recente, criada em um conceito social moderno, a Lei nº 10.406/2002, que instituiu o novo Código Civil, não deixou de considerar em um de seus artigos a concepção discriminatória que o legislador, e através deste, a sociedade, de forma implícita, tem quanto aos companheiros e ao instituto da união estável, ainda que em outros dispositivos o referido diploma tenha valorizado de forma real a aludida estrutura familiar.

A par desta situação, no dia 17/09/2014, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça iniciou a discussão sobre o formato sucessório da união estável haja vista que atualmente, pelas normas elencadas no artigo 1.790 do Código Civil e 2002, o companheiro herda menos que o cônjuge legalmente casado sob o regime da comunhão parcial de bens.

Assim, entendendo que o aludido dispositivo legal viola as normas previstas no §3º do artigo 226 da Constituição Federal, o órgão do Ministério Público, em sede de Recurso Especial, arguiu sua inconstitucionalidade.

Em razão da competência exclusiva do órgão julgador máximo do STJ para declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo legal, a Quarta Turma do aludido Tribunal Superior remeteu a questão para análise da Corte Especial. Julgamento este que se encontra suspenso diante do pedido de vista realizado pela Ministra Nancy Andrighi por força da discussão estabelecida entre os ministros sobre a possibilidade do STJ julgar o recurso em comento ou se deverá aguardar o julgamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal, dada à repercussão geral que o tema apresenta.

Neste mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade através do plenário virtual da Corte, a repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 878694 que também versa sobre o tema em comento e combate a decisão colegiada do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que mesmo diante da ausência de herdeiros necessários do *de cuius* não reconheceu a companheira supérstite como herdeira universal dos bens por ele deixados.

Remetido os autos à Procuradoria Geral da República houve a emissão de parecer pelo desprovimento do recurso a fim de manter-se o acórdão objurgado e o feito aguarda julgamento pelo órgão colegiado da Corte Suprema.

Destaca-se que a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 tem sido alvo de frequentes apontamentos por doutrinadores e magistrados e nesta esteira de entendimento a jurista Giselda Hironaka, diretora nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), obtempera que:

O artigo 1.790 é de feição extremamente retrógada e preconceituosa, e a vigorosa maioria dos pensadores, juristas e aplicadores do direito tem registrado com todas as letras que o dispositivo é inconstitucional, exatamente porque trata desigualmente situações familiares que foram equalizadas pela ordem constitucional, como é o caso das entidades familiares oriundas do casamento e da união estável.

Diversamente do formato sucessório dos cônjuges, de acordo com as normas elencadas no artigo 1.790 do Código Civil de 2002, os companheiros participarão da sucessão do outro somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, seguindo quatro condições. A primeira refere-se à concorrência com os filhos comuns do casal, oportunidade que o companheiro terá direito a uma cota equivalente àquela destinada ao descendente.

Na segunda condição, concorrendo com descendentes apenas do *de cujus* terá direito à metade do que couber a cada um deles. Na terceira hipótese não havendo herdeiros necessários, o companheiro concorrerá com os herdeiros facultativos e receberá apenas um terço da herança. A quarta condição estabelece que o companheiro somente terá direito à totalidade da herança quando não houver outros parentes sucessíveis como irmãos, tios, sobrinhos e primos do autor da herança.

Noutra linha, nos casos de sucessão dos pares formados pelo matrimônio a lei protege o direito sucessório do cônjuge supérstite que concorrerá somente com os descendentes e ascendentes do *de cujus* em condições extremamente mais vantajosas que a apresentada aos companheiros e na hipótese de não haver herdeiros necessários o cônjuge receberá a totalidade da herança, jamais concorrendo com os herdeiros facultativos do extinto, salvo por força de testamento válido.

Assim, a hipótese levantada no presente trabalho científico é a demonstração da discriminação ainda existente sobre as relações afetivas oriundas da união estável, haja vista a significativa perda dos companheiros no campo dos direitos que já haviam sido conquistados após o advento da Constituição Federal de 1988, bem como a necessidade de declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, objetivando realizar uma análise do direito sucessório do companheiro em detrimento dos colaterais do falecido, levando-se em consideração a aplicabilidade de princípios como isonomia e dignidade da pessoa humana, à luz da constitucionalização do direito civil.

Quanto ao método de abordagem na presente pesquisa foi usado o método dialético, que basicamente consiste em refletir acerca da realidade em três momentos diferentes e complementares, a tese, a antítese e a síntese, cujo resultado é uma nova tese, de forma que é possível através da dialética analisar o presente sem perder a conexão com o passado, ao mesmo tempo em que se lança para o futuro, ou seja, não se rompe com a perspectiva histórica e complexa do ser humano no mundo em que habita, habitou e habitará.

Quanto ao método de procedimento foi feita uma revisão bibliográfica para selecionar os textos acadêmicos, dissertações, teses e livros doutrinários acerca dos assuntos que serão discutidos ao longo do desenvolvimento dos três capítulos desta dissertação.

O trabalho começa, então, com a demonstração da evolução conceitual e as modificações trazidas no conceito de família até a atualidade através de uma análise histórica e filosófica, apresentando com destaque a importância do afeto em tal progresso. Em seguida, busca-se detalhar a evolução legislativa referente ao assunto no ordenamento jurídico brasileiro, desde o advento do Código Civil de 1916 até o Código Civil de 2002.

Para tanto, esta dissertação está dividida em 3 capítulos.

No primeiro capítulo abordar-se-á o surgimento do conceito de família, o qual reportar-se-á aos primórdios da humanidade, quando a espécie humana era dividida em tribos com hábitos incestuosos e de liderança matriarcal. Após serão analisados os conceitos de família oriundos do Direito Romano e o surgimento do casamento no formato conhecido atualmente. Em seguida será apreciada a conceituação das famílias na Idade Média, principalmente após a intervenção da Igreja Católica no domínio do Estado. Verificar-se-á a revolução familiar decorrente do surgimento do afeto e dos casamentos por amor, e sua principal consequência: o divórcio. Ao final, serão analisados os formatos contemporâneos de família após o advento do divórcio, da Constituição Federal de 1988 e da constitucionalização do Direito Civil com a inclusão dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana no âmbito familiar.

No segundo capítulo será analisada de forma aprofundada a União Estável, iniciando por sua evolução histórica, conceituação e requisitos de constituição. Em seguida serão apresentados os primeiros direitos adquiridos pelos companheiros, como: alimentos, dependência em planos de saúde e o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência familiar em casos de óbito de um dos pares. Em seguida, serão analisadas as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 com o reconhecimento da união estável como entidade familiar. Após será apreciada a regulamentação da união estável homoafetiva a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que a reconheceu como entidade familiar e a consequente alteração do §3º do artigo 226 da Constituição Federal. E, ao final, as formas de extinção da união estável.

O terceiro capítulo trará uma abordagem sobre o Direito Sucessório com a apresentação dos conceitos de sucessão e de herdeiros (necessários, facultativos e testamentários). Após serão analisadas as formas de sucessão dos cônjuges sob o regime da comunhão parcial de bens e dos companheiros com apresentação das

discrepâncias fixadas pelo artigo 1.790 do Código Civil de 2002. Em seguida será analisada a inconstitucionalidade do dispositivo legal em voga e a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. E, em último ponto serão apreciadas as posições do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

CAPÍTULO 1

ANÁLISE HISTÓRICA E FILOSÓFICA SOBRE AS FAMÍLIAS

Ao longo da história humana o conceito de família sofreu intensa transformação, tendo o referido processo evolutivo inserido inúmeras situações na seara jurídica. Assim, faz-se necessário atravessar alguns períodos históricos a fim de compreender a sua evolução histórica e legislativa. No presente capítulo pretende-se demonstrar a evolução conceitual e as modificações trazidas no conceito de família até a atualidade, apresentando com destaque a importância do afeto em tal progresso. Em seguida, busca-se detalhar a evolução legislativa referente ao assunto, desde o advento do Código Civil de 1916 até o Código Civil de 2002.

1.1 Conceituação e origem das famílias

A discussão sobre o conceito do vocábulo família reporta o leitor a vários significados, cada qual dentro das diversas áreas das ciências humanas, dentre elas a sociologia, antropologia ou o direito.

O ordenamento jurídico brasileiro não traz uma definição concreta sobre o conceito de família, tendo a doutrina apresentado diversas discussões sobre o tema. Nesta acepção, Diniz (2015, p. 153) apresenta três vértices do aludido conceito, quais sejam: o sentido amplíssimo, sentido amplo e sentido restrito.

Seguindo a linha de entendimento da aludida professora a conceituação no sentido amplíssimo do termo é aquela “em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade”. Noutra vertente, o conceito de famílias no sentido amplo reporta-se às relações havidas “além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro)”. E, finalmente, o conceito abordado sob a ótica da acepção restrita limita a família “à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e pela filiação”.

Na visão de Gomes (1981, p. 31) família é: “o grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos, outros parentes, unificados

pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção”.

Contudo, em que pese os referidos conceitos o legislador buscou considerar a família não apenas sob a ótica jurídica, mas, também, sob o aspecto social em suas diversas formas e variações, conforme se depreende da leitura do conceito trazido por Lôbo (2014, p. 43):

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins).

Nesta ótica, tem-se que a família é compreendida pela organização social constituída pelos laços consanguíneos, jurídicos e afetivos.

Entretanto, partindo-se do entendimento de vanguarda, no qual se baseará o presente trabalho, DIAS (2010, p. 43) aponta a conceituação contemporânea de família:

O novo modelo de família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos seus bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes com o para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado

Indaga-se no âmbito das especulações se a origem humana advém de relações familiares ou sociais, ou seja, se o desenvolvimento da espécie seria fruto das relações de grupos de pessoas unidas pela consanguinidade ou se teria o escopo do instinto, conforme ocorrida no reino animal.

Ainda não há qualquer resposta concreta sobre o assunto, razão pela qual prevalece, até a presente data, a teoria da evolução apresentada por Charles Darwin. Entretanto, apesar da impossibilidade de se apresentar uma confirmação a respeito do tema, torna-se impossível a reflexão a respeito, eis que ao considerarmos o ser humano nos moldes atuais não podemos afastar sua origem familiar.

A família é tida como a unidade mais remota do ser humano, eis que os relatos históricos reportam à sua existência mesmo antes da organização do homem

em comunidades sedentárias, os grupos se formavam através de pessoas relacionadas a partir de um ancestral em comum ou mediante a formalização do casamento.

Cogita-se, embora sem qualquer rigor científico, que na pré-história, no período compreendido entre uma fase de promiscuidade social e antes do patriarcado, o sistema social e familiar possuía caráter matriarcal, sendo que em tal regime o governo familiar teria sido exercido pela mulher e através dela ocorria o registro da descendência e da sucessão, haja vista que a natureza guerreira e caçadora dos homens os obrigava a se deslocarem frequentemente de um local para outro, recaindo sobre a mulher a responsabilidade pela manutenção do grupo e, principalmente, a sobrevivência dos filhos.

Sobre o tema, Dill e Calderan (2011) asseveram acerca da evolução do conceito de família nos seguintes termos:

Friedrich Engels analisa as fases pré-históricas até a civilização, descrevendo primeiramente o estado selvagem, dividindo-o em três fases. Na fase inferior, o homem vivia em árvores e lutava pela sobrevivência em meio a feras selvagens. Sua alimentação era à base de raízes e frutos. Na fase média, o homem começou a agregar à sua alimentação frutos do mar, e caracterizou-se pelo surgimento do fogo, a maior descoberta da humanidade. Em virtude de tal descoberta, o homem buscou aprimorar sua alimentação com tubérculos, caça e farináceos cozidos com cinzas quentes. Por fim, o autor destaca a fase selvagem superior, a qual ocorreu quando o homem despertou para as invenções de armas usadas na caça de animais. As residências fixavam-se em aldeias e os homens passavam a desenvolver atividades como construção de utensílios feitos de madeira e tecidos confeccionados a mão.

Referidas autoras destacam também:

Basicamente a família segundo Homero, firmou sua organização no patriarcado, originado no sistema de mulheres, filhos e servos sujeitos ao poder limitador do pai. Após surgiu a teoria de que os primeiros homens teriam vivido em *hordas promíscuas*, unindo-se ao outro sexo sem vínculo civil ou sociais. Posteriormente, organizou-se a sociedade em tribos, evidenciando a base da família em torno da mulher, dando origem ao matriarcado. O pai poderia até ser desconhecido. Os filhos e parentes tomavam as normas e nome da mãe.

Indiscutível que o conceito de família evoluiu com a história e nos dizeres de Dias *apud* Lôbo (2009. p.18)

Sempre se atribuiu à família, ao longo da história, funções variadas, de acordo com a evolução que sofreu, a saber, religiosa, política, econômica e procracional. Sua estrutura era patriarcal, legitimando-se o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher – poder marital, e sobre os filhos –

pátrio poder. As funções religiosas e política praticamente não deixaram traços na família atual, mantendo apenas interesse histórico, na medida em que a rígida estrutura hierárquica foi substituída pela coordenação e comunhão de interesse e de vida.

Nesta época todos os componentes de uma família assumiam responsabilidades entre si, principalmente de natureza moral e eram liderados por um ancestral em comum denominado de “patriarca” que reunia em um mesmo grupo todos os seus descendentes, que desenvolviam a mesma identidade cultural e patrimonial. Os grupos familiares em comento receberam a denominação de clãs.

Com a evolução social e o desenvolvimento territorial e populacional destes clãs, que chegavam a reunir, em alguns casos, milhares de pessoas, os grupos familiares se uniram e formaram as primeiras tribos.

Assim, as formas primitivas de organização familiar, baseadas unicamente nas relações consanguíneas, originaram as primeiras sociedades humanas organizadas.

O desenvolvimento social foi dissolvendo os laços consanguíneos, originando a expressão ‘família natural’, composta pelo casal e seus filhos, que por sua vez, ganhou destaque no Direito Romano haja vista que se desenvolvia a partir de uma relação jurídica, o casamento.

À época o casamento era dividido em três partes, a primeira destinada aos patrícios, denominada *confarreato*, que se caracterizava pelo ritual de oferenda de pães aos deuses. A segunda era voltada aos plebeus e possuía como principal característica a ‘venda’ do poder sobre a mulher, que era transferido do pai ao marido. E, a terceira era o *uso*, destinado a ambas as classes e caracterizava-se pela aquisição da posse da mulher pelo marido, ou seja, a constituição de vida em comum no período de um ano.

O casamento romano exigia a coabitação e o *affectio maritalis* que consistia na manifestação expressa da vontade em contrair núpcias entre si

Apesar das famílias romanas terem sido pautadas pelo afeto na relação matrimonial, tal modelo familiar era estruturado pelo poder despótico, que nas palavras de Wald (2015, p. 168) “concentrados sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho”.

Com a evolução do tempo a família natural foi adaptada pela Igreja Católica, e, a partir de então, o casamento se transformou em uma instituição sacralizada,

indissolúvel e única formadora da família cristã, que, por sua vez, era composta pela união entre duas pessoas de sexos opostos, através de um ato solene, e por seus descendentes diretos. O formato instituído pela Igreja Católica ultrapassou milênios e predomina até os dias atuais.

Desta forma, a norma canônica instituía:

Cânon 1055, §1º: A aliança matrimonial, pela qual o homem e a mulher constituem entre si uma comunhão da vida toda, é ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, e foi elevada, entre os batizados, à dignidade do sacramento.

De acordo com as normas do Direito Canônico, o sexo passou a ser requisito de validade para a convalidação do matrimônio, haja vista que para o direito eclesiástico tal vinculação está relacionada entre a associação existente entre o matrimônio e a procriação, função principal da união e que só poderia ocorrer após o sacramento.

Segundo Caparelli (1999, p.20):

Entendia-se dessa forma que o fim do matrimônio enquanto instituição era a procriação e, por conseguinte, a educação da prole, o que tornava justificável a prática do ato sexual dos cônjuges, autorizado no seio dessa instituição como remédio (...).

Ressalta-se que para o direito Canônico o afeto entre os cônjuges tinha pouca relevância eis que estabelecia a indissolubilidade do casamento, mesmo diante da vontade expressa dos cônjuges, nos termos da norma canônica descrita no artigo 1056 do Código Canônico que previa: “As propriedades essenciais do matrimônio são a unidade e a indissolubilidade que, no matrimônio cristão, recebem firmeza especial em virtude do sacramento”. Normas estas que iam ao confronto daquelas vigentes no Direito Romano.

Desta forma, a evolução da família, principalmente nas sociedades ocidentais, vinculou-se ao princípio da consanguinidade entre os seus membros, originando-se grandes grupos familiares provenientes de um único patriarca. À medida que a sociedade evoluía, os grandes grupos foram se transformando em pequenos núcleos familiares, originários da união de homens e mulheres através do casamento que, posteriormente, foi acobertado pela Igreja Católica e transformado em sacramento.

O modelo de família instituído pela Igreja Católica, através do casamento seja no formato jurídico, seja como sacramento, persiste até a atualidade e é reconhecida pela maioria dos países ocidentais, como o Brasil, e apesar dos novos formatos de constituição familiar e da evolução do conceito de família, ainda é o formato tradicional e possui imensa força na maioria dos Países ocidentais.

Sobre o tema, Gomes (1998, p. 40) assevera:

Na organização jurídica da família hodierna é mais decisiva a influência do *direito canônico*. Para o cristianismo, deve a família fundar-se no *matrimônio*, elevado a *sacramento* por seu fundador. A Igreja sempre se preocupou com a organização da família, disciplinando-a por sucessivas regras no curso dos dois mil anos de sua existência, que por longo período histórico vigoraram, entre os povos cristãos, como seu exclusivo estatuto matrimonial. Considerável, em consequência, é a influência do *direito canônico* na estruturação jurídica do grupo familiar.

Todavia, apesar da intervenção do Direito Canônico, a evolução da sociedade e a busca do afeto alterou consideravelmente o conceito de família.

1.2 A intervenção estatal e o surgimento do afeto nas relações familiares

Notório que a evolução social impulsionou a familiar, e, para os juristas tais alterações ocorreram em razão do intervencionismo estatal nos conceitos e moldes familiares de acordo com o interesse da época, ou seja, religioso, financeiro ou patrimonial.

As famílias no decorrer da história e da evolução das sociedades ocidentais sempre se originaram de dois troncos comuns e paralelos, quais sejam: os vínculos consanguíneos e a união entre duas pessoas, à época, de sexos diversos, através do matrimônio.

Apesar do Direito Romano ter admitido o afeto como pressuposto para o casamento, os interesses afetivos sempre permaneceram após os interesses financeiros e sociais.

Após a Igreja Católica ter instituído o casamento como um sacramento e sua difusão como única forma de constituição familiar e diante da impossibilidade de sua dissolução, ainda que de interesse dos cônjuges, os laços afetivos perderam relevância nas legislações dos Países de origem cristãs, trazendo, assim, um formato de família rígido e imutável.

Contudo, a sociedade é dinâmica e o Direito precisa acompanhar a sua evolução sob pena de perder a sua eficácia. Desta forma, a necessidade humana pelo afeto modificou os conceitos sociais de casamento e, por conseguinte, o conceito de família.

Sobre o tema, Dias (2010, p. 27/28) leciona:

Mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um grande agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito. Como a lei vem sempre depois do fato, congela uma realidade dada. As modificações da realidade acabam se refletindo na lei, que cumprem sua vocação conservadora. A família juridicamente regulada nunca é multifacetada como a família natural. Essa preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos-, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e trazer para o direito. É a preservação do LAR no seu aspecto mais significativo. Lugar de afeto de respeito.

A sociedade evoluiu instituindo o casamento oriundo dos laços afetivos em contraposição ao até então vigente casamento decorrente de interesses familiares e econômicos e, neste contexto, emerge a família ligada pelo afeto entre seus membros acima de quaisquer outros interesses. Aparece, então, o conceito de família tal qual ao da atualidade.

Neste diapasão, o amor conduz aos cuidados recíprocos especialmente o amor maternal, tendo como reflexo imediato a redução da mortalidade infantil e o surgimento do sentimento de preservação da intimidade em relação a terceiros, tornando a família um núcleo componente, porém, destacado e até protegido da sociedade em geral.

Neste contexto, ao discorrer sobre a “Revolução do Amor” Ferry (2012, p. 77/80) traz o surgimento do afeto nas relações familiares como uma consequência da “sacralização do humano”.

Para o aludido filósofo, durante muito tempo, os historiadores se interessaram mais pela grandeza – por grandes acontecimentos, grandes obras e grandes homens, grandes guerras e grandes Estados, classes sociais, economia ou diplomacia – do que pelos costumes e indivíduos.

Foi apenas recentemente, há não mais que cinquenta anos, que com os trabalhos de Philippe Ariès, com o que se chamou de “história das mentalidades” ou “nova história”, que se começou a olhar com interesse a vida cotidiana das pessoas

comuns, dos cidadãos anônimos, o modo como comiam, festejavam, casavam-se ou morriam nos tempos passados.

E o que esses historiadores de um gênero novo ensinaram sobre a vida privada é essencial para a compreensão do tempo presente. Especialmente em se tratando do que constituiu desde sempre os núcleos da vida cotidiana, ou seja, a vida da família.

Tais filósofos demonstraram que na Idade Média, na Europa, o casamento praticamente nunca se originou da paixão amorosa, do sentimento. Ele atendia às finalidades e a imperativos muito diferentes. Podia acontecer, é claro, de haver amor, mas, o fato é bastante raro e, nas camadas populares bem como na aristocracia a união antiga é antes de tudo um casamento de conveniência, arranjado pelas famílias sem o real consentimento dos filhos.

Ferry *apud* Moliere (2012, p. 96), ao citar a obra “O doente imaginário” obtempera que possivelmente, pela primeira vez na literatura clássica francesa, Molière reflete uma realidade nova em sua época, isto é, a reivindicação dos jovens que se recusam a se casar contra a vontade, mas finalmente impor a lógica do sentimento e da livre escolha. Mas é evidente que, no Antigo Regime, a causa e a finalidade do casamento não mantém, na imensa maioria dos casos, nenhum vínculo com as finalidades eletivas.

Apesar das recomendações da Igreja, elas não implicam qualquer escolha livre, um consentimento real por parte dos jovens esposos. O casamento tinha dupla finalidade: tratava-se primeiramente de assegurar a linhagem, a transmissão do nome e do patrimônio ao mais velho, e de fabricar braços para manter a fazenda e nela trabalhar. Linhagem, biologia e economia aparecem assim como três pilares da união familiar, e, como diz Ferry, *apud*, Lebrun (2012, p.78) “se por acaso acontece de as pessoas se amarem, recomendado pela Igreja (mas não se trata de paixão, muito menos de sexo), não é absolutamente nem o princípio, nem o fim do jogo”.

Até meados do século XIX os casamentos decorriam das negociações familiares que buscavam manter seus princípios religiosos fortalecidos e aumentar as riquezas de seus clãs, ou mesmo o poderio militar.

O afeto entre os parentes causou a maior e melhor revolução na esfera familiar, no sentido da conservação do núcleo originário e, por conseguinte, de toda a sociedade.

Ocorre que surge o paradoxo que vigora até os dias de hoje, qual seja, o de que a família se apresenta como um grupo pequeno e fechado de pessoas ligadas por laços consanguíneos e/ou jurídicos que perante a sociedade se individualiza e protege, mas, ao invés de fragmentar, a sociedade acaba em razão da busca da manutenção de seus membros impulsionando o desenvolvimento de toda a sociedade. A rigor, surge a família como célula fundamental e constitutiva da sociedade nos moldes conhecidos contemporaneamente.

Desenvolvem-se a partir do núcleo familiar afetivo a necessidade de transmissão não somente de bens, poder político e militar, mas, agora, também, e, comumente, de forma precípua, de transferência de princípios éticos e morais.

Ferry (2012, pag 92) traz a invenção do divórcio, o surgimento do laicismo, o nascimento da intimidade, o amor pelas crianças, a abertura ao coletivo e a sacralização do humano como as seis consequências da revolução do amor-paixão.

Nesta esteira filosófica do pensamento, o divórcio surge como evolução natural da família afetiva conquanto se a materialidade não era mais o elemento essencial das uniões, não se justificava o casamento como instituição indissolúvel quando o afeto não mais existisse na contramão das até então uniões vitalícias para a manutenção de bens e poder. Portanto, a possibilidade de conferir liberdade aos até então cônjuges, cujo afeto recíproco desapareceu, constituiu o corolário da evolução da instituição familiar e não o seu fim como ainda hoje professa alguns.

Sobre a consequência do divórcio nas relações familiares, Ferry (2012, p. 94/96) apresenta que o divórcio torna-se o reverso da medalha nas três eras da família, apresentando, para tanto, seis consequências de sua instituição.

A primeira consequência, a mais paradoxal talvez, e, contudo, a mais evidente, é a invenção do divórcio. Ferry *apud* Montaigne (2012, p. 93) assevera que as imagens apresentadas pelo autor para descrever o casamento eram “cruéis e cômicas”, contudo, de uma “desconcertante justeza”. Segundo o referido filósofo o casamento é “semelhante a uma gaiola cheia de boa comida, de modo que os pássaros que estão fora ficam aflitos para entrar, e os que estão dentro, para sair...”. A fórmula é tanto mais cáustica quando se aproxima do primado absoluto do casamento por amor. É o que comprova de modo inevitável a história do divórcio, que é rigorosamente inseparável do fortalecimento das pretensões ao amor-paixão no seio da família.

Então, é claro que a invenção do casamento por amor caminha paralelamente à do divórcio. Aproximadamente 30 anos atrás, com o divórcio já legalizado, as “pessoas de bem”, os burgueses de determinado meio, não se divorciavam.

Segundo o referido autor:

para dar cabo a um preconceito, em especial de direita, mas particularmente falso: aquele segundo o qual a família hoje vai mal, quando em certo sentido ela vai melhor que nunca. Monoparental, reconstruída, em competição com pactos de união civil, em breve, talvez – horror supremo – homoparental, ela seria, dizem naturalmente nos meios conservadores, minada pelos divórcios e, de modo geral pela corrupção da vida moderna.

No mesmo raciocínio das consequências dos casamentos por amor, o laicismo republicano trouxe certo distanciamento aos laços sociais e culturais impostos pela religião, principalmente o catolicismo, tão forte, à época, nos países ocidentais.

Sobre o tema, Ferry (2012, p. 96/97) discorre que a *segunda consequência*, a mais visível depois do divórcio, é naturalmente o laicismo republicano. Por mais paradoxal que possa parecer aos republicanos, geralmente pouco inclinados a levar em conta a história da vida privada, foi desta que nasceu o valor que eles apreciam entre todos: o da república leiga. Por que e como? É simples de se compreender. Antes de tudo, é evidente que não foi pela história das ideias que as Luzes se difundiram.

Lembra-se que no século XIX a França ainda era em larga escala analfabeta, a ponto de não se entender como a influência de Voltaire, de Condorcet ou de Rousseau pudesse ser tomada como decisiva. O povo não tinha praticamente nenhum acesso à vida intelectual, não lia livros ou jornais; quanto ao rádio ou à televisão, eles ainda não existiam, evidentemente. É, portanto, pela vida cotidiana e, por assim dizer, inconscientemente, que as novas exigências das Luzes avançaram, começando por aquelas que fundaram os valores mais prezados pela República.

O processo fundamental pelo qual a vida cotidiana mudou a vida das ideias, segundo o referido autor, é o seguinte: apartando-se, em consequência do salariado, das comunidades aldeãs de origem para “subir” às cidades para trabalhar, os indivíduos se afastaram do peso das religiões.

Porque o laço comunitário, como bem indica a etimologia da palavra religião, era em especial e antes de tudo atributo da Igreja. Afastar-se da aldeia, era de saída, subtrair-se ao domínio do campanário, dos padres, das crenças, era abrir-se

à possibilidade de refletir de outro modo, distante do lapso social e cultural mais poderoso que há: aquele imposto pelos ritos espirituais.

O laicismo, que não é ateísmo, mas, liberdade de escolha, supunha esse distanciamento. Sem ele, esta seria impossível. Seria necessário que o indivíduo tivesse nascido como um ser independente da comunidade, que o holismo cedesse lugar ao individualismo, para que, simultaneamente, o casamento por amor e o laicismo, esses dois pilares da Europa moderna, se tornassem pensáveis. Por isso, como se vê, o capitalismo não foi apenas destruidor de valores, ele foi também criador.

O surgimento do afeto trouxe ainda uma grande transformação para as famílias da época, haja vista que desenvolveu a intimidade entre os cônjuges, situação esta inimaginável nos casamentos “arranjados”. Assim, Ferry (2012, p. 97/98) a relaciona como a terceira consequência dos casamentos por amor.

Para o autor, a invenção das portas e dos corredores nas casas após o século XVIII marca um rompimento, também radical, com os modos de vida comunitários tradicionais.

Nas casas dos velhos tempos a intimidade simplesmente não existia, nem no povo, nem nas elites. Nas cidades como no campo, a imensa maioria das famílias vivia num cômodo único, o que excluía, de fato, a possibilidade de qualquer forma de privacidade.

Mas o que faz pensar que ela ainda não era objeto de desejo é que também não era respeitada pela burguesia e pela aristocracia, embora tivessem meios econômicos para viabilizá-la.

Ferry, *apud*, Philippe Ariès (2012, p. 99) aponta que por meio da análise da arquitetura das grandes casas nobres e burguesas, que os cômodos, embora numerosos, não possuíam nenhuma função específica e se sucediam numa promiscuidade que hoje pareceria insuportável. Somente com a chegada do século XVIII nascem as divisórias e os corredores destinados a garantir a autonomia e o isolamento dos diferentes espaços.

Os casamentos por amor trouxeram nova grande transformação para a sociedade, eis que esse amor veio em forma de afeto propriamente dito, de cuidado, de zelo, de preocupação com a prole e seu futuro. Sobre tal transformação, ou consequência do afeto, Ferry (2012, p. 98/99) a traz como a quarta ruptura, a qual, na opinião do autor, “é sem dúvida a mais importante para o que vai se seguir”.

Notadamente para a compreensão do surgimento dos novos valores do segundo humanismo, é a que se estabelece com o surgimento do amor parental como o conhecemos hoje, simultaneamente incondicional e superior a todas as outras formas de amor.

Evidentemente, essa revolução nos sentimentos dedicados aos filhos é também consequência da invenção do casamento por amor. O fato de que o matrimônio possa ser escolhido pelos indivíduos e motivado pela paixão e, não mais imposto pela tradição, constitui uma das condições mais verdadeiras da afeição voltada aos filhos. Os produtos do amor, em geral são objetos de amor.

Na Idade Média, o amor pelos filhos não era compartilhado como nos dias atuais. Diferentemente dos sentimentos modernos e contemporâneos, à época, a morte de uma criança era, na maioria dos casos, muito menos grave para uma família pobre do que a de um porco ou cavalo.

Na linha do pensamento filosófico, o surgimento do afeto não ocasionou grande transformação apenas no ambiente familiar, mas, também, na sociedade de forma geral eis que desenvolveu o amor coletivo, o sentimento de afeto ao sofrimento alheio.

Neste sentido, Ferry (2012, p. 107/108) enumera o amor na vida privada como a quinta consequência dos casamentos por afeto.

Contrariamente aos preconceitos, o amor, na esfera privada, foi um extraordinário fator de abertura para os outros sentimentos, de alargamento de pensamento e de horizonte. Não um retorno sobre si, um fechamento, uma privatização da vida, como se acreditou à época, mas, bem ao contrário, uma preocupação nova e mais profunda com a coletividade.

Donde essa revolução do amor vai alimentar também a moral e a política do segundo humanismo. A prova é o fato de que a história do humanitário moderno é exatamente paralela à do casamento por amor, e isso, evidentemente, por razões fundamentais. Foi o amor, apesar de desenvolvido na esfera privada, que estabeleceu simpatia entre o mundo ocidental e as outras civilizações.

Quando se vê um pai curdo ou somali chorar o filho morto que carrega nos braços, não se deixa de compartilhar, ainda que em escala inferior, seu sofrimento – o que o grego designa exatamente como: *sym-pathos* e o alemão: *Mitleid*, que significa “sofrer com”, exprime melhor a condescendente “piedade”. É bem possível que ele tenha a cor da pele, a língua ou religião diferentes das ocidentais, mas não

importa: o ser humano, por assim dizer, em razão de nossa própria experiência vivida, é obrigado a supor que ele experimenta os mesmos sentimentos que nós e que, conseqüentemente, não temos direito à indiferença.

Nesta esteira de raciocínio, Ferry (2012, p. 109/111), aponta a sacralização do Humano como a última consequência do surgimento do afeto nas relações familiares e, para o autor: “de longe a mais importante, pois resume todas as outras”.

Neste sentido, o formato de família que se busca na atualidade não tem qualquer relação, próxima ou distante, com o célebre “desencanto do mundo” ou com a “era do vazio”. Vive-se, ao contrário, o nascimento de uma nova face do sagrado e, com ela, uma nova era do humanismo.

Basta pensar um pouco no silêncio do foro íntimo para se tomar consciência disso. O que é, de fato, o sagrado? Etimológica e filosoficamente pode-se defini-lo não apenas como o oposto de profano, mas, sobretudo, segundo o referido Filósofo como: “aquilo pelo qual podemos nos sacrificar”, arriscar a vida, ou oferecê-la. Os valores parecem sagrados, com ou sem motivos, pouco importa aqui, caso se possa, no máximo, arrancar-se de si mesmo, sair de si e assumir por eles risco de morte. E é esse sagrado que dá também sentido à existência humana.

Contudo, os núcleos familiares da época, fundados no perfil hierarquizado e patriarcal não resistiram à revolução industrial, eis que o aumento da necessidade de mão de obra, principalmente para desenvolvimento de atividades terciárias levou a mulher ao mercado de trabalho. Deixando o homem de ser a única fonte de subsistência familiar, a família passou a ter o caráter nuclear, restrita apenas ao casal e à sua prole.

A revolução industrial também trouxe grandes alterações em relação ao afeto desenvolvido entre os membros de um clã, haja vista que preponderando o caráter produtivo e reprodutivo das famílias, estas migraram do campo para a cidade e passaram a viver em espaços menores, o que ocasionou ainda mais o desenvolvimento do amor entre os familiares.

Para NADER (2008, p. 24) “No seio familiar predominam os interesses morais e afetivos, pois os seus membros buscam uma comunhão de vida em suas relações”.

Diante de tal situação, o Estado passou a intervir nas relações familiares, sendo a natureza jurídica do Direito de Família ainda passível de discussão, pois se por um lado encontra-se prevista em um dos livros do Código Civil caracterizando

sua natureza privada, noutra vertente há o interesse e comprometimento do Estado na proteção da entidade familiar, o que torna as normas relativas ao Direito de Família de caráter imperativo, ou seja, são normas cogentes e, por tal motivo, não dependem da vontade das partes. Desta forma, para DIAS (2010, p. 34) o Direito de família tem “perfil publicista”.

Na visão de NADER (2008, p.27):

Embora o Estado tenha interesse no fortalecimento das famílias, a sua interferência nas relações visa apenas à tutela das pessoas. Diferentemente se passou na extinta União Soviética, onde o Estado exercia amplo domínio sobre a família, considerada *célula da educação comunista*. Daí, dizia o jurista G. Sverdlov: “*As formas de ajuda do Estado à família são múltiplas e diversas e seu desvelo pelos cidadãos soviéticos afeta todos os âmbitos da vida familiar*”. Com a interferência máxima dos Estados, o Direito de Família, que alcançava apenas as relações instituídas pelo casamento, havia de ser público, necessariamente. A família constituída, assim, instrumento ideológico do Estado marxista.

Um terceiro enquadramento do Direito de Família foi proposto pelos espanhóis Proveda, Rodriguez e Rubio, ao identificá-lo como: “*uma rama do aspecto del Derecho Social*”, dada a sua evidente *função social*. Tal opinião não encontra ressonância na doutrina, pois desloca o foco do binômio polarizador – *público e privado*- para uma terceira classe, que ainda não obteve aceitação científica. Por outro lado, o interesse predominante neste sub-ramo é dos membros da família, e indiretamente, da sociedade e do Estado. Fosse a *função social* o referencial da classificação, haveríamos de situar na classe apontada a disciplina dos contratos e da propriedade, pois cumprem também função social

Assim, diante das relações humanas houve a necessidade de tutelar os direitos das famílias, surgindo no Código Civil de 1916 um capítulo destinado a regulamentar as relações havidas entre cônjuges, pais e filhos, irmãos, dentre outros.

Contudo, o Código Civil de 1916, regulamentava as normas das famílias do início do século passado, as quais eram formadas unicamente pelo matrimônio. Assim, somente os entes vinculados pelo referido negócio jurídico estariam tutelados pelo Estado. As normas ali contidas refletiam claramente o pensamento e os interesses da época, haja vista que impediam a dissolução do casamento, distinguia seus membros e se referia preconceituosamente às pessoas unidas fora do matrimônio e aos filhos advindos destas relações.

Segundo DIAS (2010, p. 30): “As referencias feitas aos vínculos extrapatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, numa vã tentativa de preservação do casamento”.

Todavia, a sociedade evoluiu e trouxe a necessidade de renovações legislativas, destacando-se dentre elas o Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121/62), a mais expressiva legislação para a época no âmbito do Direito de Família, haja vista que devolveu à mulher casada a capacidade perdida com o matrimônio e deferiu-lhe bens reservados que lhe asseguravam a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho.

A evolução da sociedade culminou na instituição do divórcio, EC 9/77 e Lei 6.515/77, o qual acabou com a indissolubilidade do casamento e eliminou a ideia de família sacralizada. Com o divórcio o enfoque dado à família reporta-se aos vínculos afetivos que unem os seus membros.

No entanto, as maiores alterações ocorridas no âmbito estrutural como jurídico das famílias decorrem da “Constitucionalização do Direito de Família”, haja vista que a Constituição Federal de 1988 trouxe inovações significativas e salutares para a proteção familiar.

Destaca-se que parte das normas civis encontra-se pautada na Constituição Federal, que trouxe temas sociais juridicamente relevantes com o intuito de garantir-lhes efetividade.

Nas palavras de Dias (2008, p. 36)

A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil, e diante do novo texto constitucional, forçoso ao interprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o Brasil se tornou o que se chama de “Estado social”, o qual tem como uma de suas características primordiais a intervenção nos setores da vida privada com o objetivo de proteger o cidadão, hipótese essa inimaginável em um Estado liberal.

Com a constitucionalização do Direito Civil todas as normas do Direito de Família passaram a exigir a presença de fundamentos de validade constitucional, sendo um claro exemplo da referida “constitucionalização” a igualdade de tratamento dos cônjuges, direito esse que ao conceder às mulheres maiores garantias e proteção contra os abusos maritais alterou significativamente o formato familiar brasileiro, haja vista que a mulher deixou de ser mera colaboradora do marido para se tornar peça fundamental para o desenvolvimento e manutenção da família.

A Constituição Federal de 1988 alargou o conceito de família, garantindo juridicidade à união estável que até então era tida como apenas como uma relação extramatrimonial que não concedia aos envolvidos qualquer proteção do Estado.

Entendeu o legislador constituinte que a união estável por apresentar condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade necessários para a constituição de uma família e o sua manutenção merecia tutela constitucional.

Destaca-se que a constitucionalização do Direito de Família abriu as portas para novos formatos familiares e tornou possível a constituição da entidade familiar no formato matrimonial informal, também conhecida como união estável, plurais, monoparental, pluriparental, homoafetivas, dentre outros.

Diante da relevância das referidas normas para a evolução do Direito de Família e, conseqüentemente, para as famílias o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do divórcio e a Constituição Federal de 1988, naquilo que pertine ao tema, serão estudados em mais detalhes.

1.3 As famílias no Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916 foi o primeiro Diploma Legal havido na esfera cível e sistematizava o modelo da família patriarcal, excluindo da tutela jurisdicional as demais espécies de entidades familiares e os filhos que não fossem havidos na constância do casamento.

Nesta ambientação, o matrimônio era a única forma de constituição da chamada família legítima, sendo, portanto, ilegítima toda e qualquer outra forma familiar, ainda que marcada pelo afeto.

O marco histórico, no que diz respeito à legislação, foi a publicação da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (antigo Código Civil). Este Diploma, projeto de Clóvis Beviláqua, era uma obra moldada a sua época, e que vigorou a partir daquela mesma data do ano subsequente.

Fachin (2003, p. 298), frente ao mencionado Código, afirma que ser sujeito de direito representava ser “sujeito de patrimônio”, ter muitos bens e nesta esteira de entendimento, a legislação cível daquela época, totalmente patrimonialista, valorizava mais o “ter” do que o “ser” e direcionava-se aos grandes proprietários, devendo-se frisar que a massa popular não sabia de seus direitos e tampouco que poderia invocá-los.

Àquela época, a família patriarcal posicionava-se como coluna central da legislação e prova disso foi a indissolubilidade do casamento, como também a capacidade relativa da mulher.

O artigo 233 do Código Civil de 1916 designava o marido como único chefe da sociedade conjugal. Além disso, à mulher era atribuída somente a função de colaboradora dos encargos familiares, consoante artigo 240 do mesmo Diploma Legal.

No que concerne à filiação, havia notória distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos, naturais e adotivos, e era devidamente registrada no assento de nascimento a origem da filiação.

Quanto aos bens, conforme o artigo 377 do referido Código: “quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária”.

O instituto da guarda estava atrelado à culpa na separação e não ao bem-estar da criança, como é na atualidade, sendo aquela atribuída ao consorte não culpado pelo desquite.

Nos idos de 1949 entrou em vigor a Lei nº 883, que tratava do reconhecimento dos filhos ilegítimos, através de ação de reconhecimento de filiação. Os filhos tidos como ilegítimos passaram a ter direito, inclusive, a alimentos provisionais, em segredo de justiça, e herança, sendo reconhecida a igualdade de direitos, independente da natureza da filiação. Este grande avanço foi marcado pela proibição de qualquer menção à filiação ilegítima no registro civil, deixando para trás a postura preconceituosa na qual o legislador se apoiou para a elaboração da Lei nº 3.071/16.

Assim, o Diploma Civil de 1916 transcrevendo o entendimento da sociedade da época apresentava-se, no que tange ao Direito de Família, com “sentimentos” machistas e patriarcais principalmente em relação às mulheres e à prole que possuíam grandes deveres em relação ao marido e ao pai, contudo, um número limitado de direitos em relação ao mesmo.

1.4 As alterações trazidas pela Lei 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada)

Conforme dito em linhas anteriores, a Lei 4.121/62, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, trouxe significativa contribuição para o formato familiar

contemporâneo, tornando-se a primeira norma a proteger as mulheres das perdas e prejuízos que os casamentos lhes impunham.

Apesar da evolução social e humana pós revolução industrial, tanto o progresso quanto a situação jurídica das mulheres foi demasiadamente lento, podendo no Brasil destacarem-se alguns marcos referenciais, dentre eles o Estatuto da Mulher Casada, o qual alterou alguns dispositivos do Código Civil trazendo as primeiras garantias às mulheres que saíam do domínio paterno para o domínio marital.

No entanto, o aumento do poderio econômico masculino, a monopolização da política e, principalmente, a queda do direito materno, ocasionou intensa desigualdade jurídico-social entre homens e mulheres.

Durante anos a mulher foi apresentada como um objeto, haja vista que era educada para servir ao marido e aos filhos. Enquanto solteira vivia sob o domínio do pai ou do irmão mais velho e ao casar-se, os “direitos” paternos eram transferidos ao marido, que a submetia à sua autoridade, tanto que em algumas culturas o marido em caso de morte poderia deixar expressa a escolha de seu substituto no seio familiar e, noutras, nas hipóteses de falecimento do marido, a mulher também era morta para que pudesse continuar servindo-o no outro mundo.

Mesmo o Direito Romano, berço jurídico de vários países, desconsiderava a capacidade jurídica da mulher e a Igreja concedia o “direito” à religião apenas aos homens e o acesso das mulheres dependia da permissão dos pais ou maridos. À época, a transmissão do parentesco somente se operava na linhagem masculina.

No Brasil colônia, os jesuítas não transmitiam seus ensinamentos às mulheres, eis que a Igreja pregava obediência cega da mulher em relação ao marido, ao pai e à religião.

À mulher não era permitido o estudo e o conhecimento, sendo que nas escolas administradas pela Igreja, somente lhes eram permitidos os ensinamentos das técnicas manuais e domésticas. Ignorância que lhes era imposta com o intuito de mantê-las subjugadas às figuras masculinas de seu círculo familiar.

A Constituição Federal de 1824 trouxe a garantia de escolas destinadas à educação feminina, todavia, ainda voltadas apenas aos trabalhos manuais e domésticos.

À época em que o Brasil era regido pelas Ordenações, os maridos não eram punidos pela aplicação de castigos corporais à mulher e aos filhos. O pátrio poder

era exclusivo dos homens e as mulheres não podiam praticar quase nenhum ato sem a autorização do marido, sendo a legitimidade de propositura de ações judiciais para reaverem as doações efetivas pelos maridos às concubinas, o único direito que possuíam.

A implantação do regime republicano no Brasil trouxe o Decreto nº 181 de 1890, que manteve o domínio patriarcal, todavia, dispôs sobre o casamento civil e impediu a imposição de castigos corpóreos à mulher e aos filhos.

Com o advento do Código Civil de 1916 o homem manteve-se como chefe da família, permitindo à mulher apenas a emancipação em caso de falecimento do pai.

Imagina-se que pelas circunstâncias sociais da época, as normas descritas no Código Civil de 1916 possuíam intenso cunho machista, tanto que suas disposições levaram a mulher à situação hierárquica extremamente inferior ao homem. Neste linear o artigo 240 do aludido Diploma Legal aduzia que: “A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família”. Nesta mesma esteira de entendimento, o artigo 242 do mesmo Código elencava o rol de atos que não poderiam ser praticados pela mulher sem o conhecimento do marido.

Contudo, toda essa repressão à personalidade própria do indivíduo trouxe à tona, paulatinamente, o desejo de liberdade, o desejo de amar e ser amado, o desejo de realização fosse pessoal ou profissional, desejos esses que sempre existiram, se não abertamente ao menos no íntimo do indivíduo.

No ano de 1932, o Código Eleitoral trouxe grande avanço aos direitos da mulher por força da permissão do exercício de voto a partir dos vinte e um anos de idade, tendo a Constituição Federal de 1934 reduzido tal idade para 18 anos.

Trinta anos após, as normas civis sofreram grandes modificações em decorrência do advento da Lei 4121/62, intitulada de Estatuto da Mulher Casada. Referida norma trouxe inúmeras garantias perdidas pelas mulheres ao longo da história, como a impossibilidade de perda do pátrio poder, em relação aos filhos da relação anterior, quando contraísse novas núpcias ou a concessão do pátrio poder a ambos os pais, apesar da manutenção da prevalência do interesse do marido nas hipóteses de discordância do casal, situações esta que gerava à mãe a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para solução da controvérsia.

Contudo a luta das mulheres em prol da igualdade de direitos e deveres em relação ao marido atingiu seu ápice com o advento da Constituição Federal de 1988,

que na redação do §5º do artigo 226 trouxe tal equiparação, conforme se depreende de simples leitura do aludido dispositivo constitucional, *in verbis*: § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Assim, conforme observado, o Estatuto da Mulher casada pode ser considerado um divisor de águas na busca dos direitos femininos, haja vista que consolidou inicialmente os anseios de igualdade e foi precursor das legislações mais efetivas em prol da defesa dos direitos femininos.

1.5 A Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio)

Indiscutível que a manutenção da família é uma das principais preocupações humanas, haja vista ser a base de toda a sociedade e para compreensão da estrutura social de uma Nação é necessário analisarmos as formas de constituição e término das famílias.

No final do século XIX a norma jurídica brasileira instituiu o casamento civil que passou a ser considerado um ato jurídico desvinculado do casamento religioso e, em consequência, passou-se a admitir o divórcio com claras limitações acerca de seus efeitos, situação esta que perdurou por aproximadamente 90 anos, até que se admitisse o divórcio pleno.

Por força do caráter patrimonial do casamento a sua conservação não era um interesse apenas do Clero, mas também da sociedade, visando a lei proteger o interesse patrimonial em detrimento da felicidade e interesse dos cônjuges.

No ordenamento jurídico brasileiro, o divórcio sofreu árdua batalha na esfera legislativa e social em sua evolução histórica, eis que a bancada antidivorcista, influenciada pela Igreja, pregava o matrimônio como um sacramento. Assim, a aceitação do divórcio ocorreu de forma lenta e difícil em razão da manutenção dos interesses patrimoniais das famílias à época e, principalmente, em decorrência dos dogmas católicos que o consideravam indissolúvel através do célebre entendimento “até que a morte os separe”, admitindo-se a dissolução matrimonial apenas em casos de morte ou reconhecimento de nulidade do matrimônio.

Neste diapasão, é notória a influência do Direito Canônico no sistema normativo brasileiro, nos cânones 1055, §1º, § 2º e 1056:

Cân. 1055:

§ 1º. O pacto matrimonial, pela qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio de toda a vida, por sua índole natural ordenado ao bem dos cônjuges e a geração e educação da prole, entre batizados foi por Cristo Senhor elevado à dignidade de sacramento.

§2º. Portanto, entre batizados não pode haver contrato matrimonial válido que não seja por isso mesmo sacramento.

Cân. 1056. As propriedades essenciais do matrimônio são a unidade e indissolubilidade que, no matrimônio cristão, recebem firmeza especial em virtude do sacramento.

No Brasil Império iniciaram as primeiras reflexões acerca da flexibilização do matrimônio com a instituição do Decreto 1.144 de 11/09/1861 que passou a admitir o matrimônio entre pessoas de credos diferentes e até mesmo os ateus, haja vista que até então somente as pessoas católicas podiam contrair núpcias e com a evolução do Decreto 3.069 de 1863 surgiu três formas de casamento, quais sejam: o casamento católico, o não católico e o misto.

Após a proclamação da República, em 1889, houve a ruptura definitiva entre Igreja e Estado através do Decreto 119-A de 1890, passando o Estado a regular o casamento em razão de o Brasil ter se tornado um País laico.

Nesta linha de evolução, em 1890 adveio o Decreto 181, que foi conhecido como a Lei do matrimônio, obra do eminente Rui Barbosa, através do qual se firmou que apenas o casamento civil teria validade. Nesta ótica o artigo 88 do mencionado Decreto determinava que “o divórcio não dissolve o vínculo conjugal...”.

No mesmo ano de 1890 adveio o Decreto 521 que determinou a realização do casamento civil em data anterior ao casamento religioso independentemente do credo. Tão importante a importância cronológica entre a realização dos casamentos civil e religioso que o aludido Diploma previa a pena de prisão ao ministro que a descumprisse.

Apesar do preceito religioso de que “o que Deus uniu o homem não separa”, o inciso III, do artigo 135 do Código Civil de 1916 elenca a figura do “desquite” através do qual se admitia a dissolução da sociedade conjugal, todavia, não tinha o condão de elidir o vínculo matrimonial, ou seja, os pares podiam separar casas e famílias, entretanto, não podiam contrair novas núpcias e nesta esteira de proteção às famílias, o inciso III do artigo 135 previa a possibilidade de restituição da sociedade conjugal a qualquer tempo mediante simples petição ao juízo competente.

Desta forma, diante da impossibilidade das pessoas desquitadas contraírem novas núpcias apesar da extinção dos deveres conjugais e da incomunicabilidade

patrimonial, iniciaram as “famílias clandestinas” haja vista que os vínculos afetivos são uma das necessidades humanas. Formato familiar este extremamente repudiado à época e alvo de intenso preconceito e rejeição social.

A resistência social quanto à dissolução do vínculo matrimonial era tão intensa que a Constituição Federal de 1934 trazia expressamente tal previsão, *in verbis*:

Artigo 144: a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Neste mesmo sentido eram as previsões elencadas no artigo 124 da Carta Magna de 1937, assim descrito: “a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos”.

A Constituição Federal de 1946 também manifestou acerca da indissolubilidade do matrimônio, trazendo em seus artigos 163 e 167 as seguintes previsões:

Artigo 163: a família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito a proteção especial do estado.

Artigo 167: O casamento é indissolúvel.

Neste sentido o artigo 175 da Constituição Federal de 1969 previa que “o casamento é indissolúvel”.

Tímida e lentamente o divórcio foi objeto de propostas legislativas do Código Civil, entretanto, somente no ano de 1977 com o advento da Lei 6.515, conhecida como a Lei do Divórcio, a qual foi amparada pela Emenda Constitucional nº 09 de 28/06/77 que o divórcio foi instituído oficialmente na norma jurídica brasileira. Assim, o artigo 175 da Carta Magna passou a ter a seguinte redação:

Art. 175. (...)

§1º. O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

§2º. A separação de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em juízo e pelo prazo de cinco anos, se for anterior a data desta Emenda.

Assim, a denominação para a dissolução da sociedade conjugal passou de “desquite” para “separação judicial”.

Contudo, a publicação da Lei do Divórcio trouxe um novo aspecto na evolução histórica do matrimônio. Surge, então, a normatização brasileira, a

dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial, podendo as partes se divorciarem somente após a efetivação da separação judicial.

Segundo Gonçalves (2011, p.102) “o divórcio é uma das causas que ensejam o termino da sociedade conjugal, tendo o condão de dissolver o casamento válido mediante sentença judicial, habilitando as pessoas a contrair novas núpcias”.

À época o divórcio somente era admitido uma única vez e apenas para os casais que se encontravam separados antes da Emenda Constitucional. Ademais, os pares necessitavam estar separados de fato há mais de cinco anos e tal prazo deveria ter sido implementado antes da alteração constitucional e comprovado o motivo da separação e somente poderia ser requerido em casos emergenciais.

Neste sentido, prevê o artigo 40 da Lei 6.515/77:

Art.40. No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados cinco anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverão provar o decurso de tempo da separação e sua causa.

A Constituição Federal de 1988 reduziu os prazos para concessão do divórcio, os quais passaram de 5 anos para 2 anos, trazendo o seu artigo 226, §6º a seguinte redação: “o casamento civil pode ser dissolvido, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

Sobre o tema, Dias (2010, p.20) assevera:

Com a Constituição de 1988 o indivíduo passou a ser mais importante do que seu patrimônio, sendo assim eliminado o caráter obstaculizador da separação, deixando ela de ser necessária para a obtenção do divórcio e perdendo significativamente sua relevância no ordenamento jurídico, já que passou a não ser elemento obrigatório para dissolver a sociedade e vínculo conjugal.

Por força das referidas alterações legislativas, as normas elencadas na Lei 7.841/89, trouxeram nova redação ao aludido artigo 40 que previa a possibilidade do divorcio, na hipótese de separação de fato, desde que completados dois anos consecutivos, hipótese esta que consolidou a figura do divórcio direto no Brasil, sem, portanto, extinguir o divórcio indireto, ou seja, aquele decorrente da separação judicial.

Grande evolução foi atingida com a aprovação da Lei 11.441/2007 que permitia aos casais sem filhos menores ou incapazes e de forma consensual a realização do divórcio extrajudicial, através da lavratura de escritura pública perante o Tabelionato de Notas.

No ano de 2010 a PEC 66, também conhecida como a “PEC do Amor” ou “PEC do Divórcio” extinguiu a separação judicial e instituiu o divórcio direto como a única forma de dissolução do casamento.

Sobre o tema leciona Dias (2010, p.38):

A partir de agora, a única modalidade de buscar o fim do casamento é o divórcio que não mais exige a indicação da causa de pedir. Eventuais controvérsias referentes a motivos, culpa ou prazos deixam de integrar o objeto da demanda.

Noutra vertente, as novas regras para efetivação do divórcio trouxeram ainda a exclusão da culpa sobre um dos cônjuges para a dissolução matrimonial, e a partir de então ambos os pares puderam juntos ou separadamente requerer o divórcio sem terem que declinar motivos, expor causas ou aguardar prazo, sendo tal avanço, nas palavras de Dias: “significativo e pra lá de salutar, pois atende ao princípio da liberdade e respeita a autonomia da vontade”.

1.6 A concepção das famílias após a Constituição Federal de 1988

A partir da promulgação da Carta Magna de 1988, a célula familiar foi mais uma vez remodelada; desta vez dando ênfase aos princípios e direitos conquistados pela sociedade.

Diante deste novo aspecto, o modelo de família tradicional passou a ser mais uma forma de constituir um núcleo familiar que, em consonância com o artigo 266, torna-se uma comunidade fundada na igualdade e no afeto.

Esta nova estrutura foi propiciada pela Constituição Federal de 1988, que trouxe nova base jurídica para auferir o respeito aos princípios constitucionais, tais como a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Esses princípios também foram transportados para a seara do Direito de Família e a partir deles houve a transformação do conceito de família, que passou a ser considerada uma união pelo amor recíproco.

Repise-se que o enfoque da legislação mudou para priorizar a proteção da família e a pessoa dos filhos de forma igualitária em detrimento daquela proteção exacerbada ao casamento e filhos legítimos.

Neste mesmo prisma, as inovações também passaram a conceder proteção integral às crianças e isso se deve ao fato da dificuldade social da época, pela qual estas eram colocadas de lado e marginalizadas. O processo de integração social surgiu da observação do constituinte de 1988, que destinou elástico capítulo à família, à criança, ao adolescente e ao idoso.

Em 20 de novembro de 1989 foi instaurada a Convenção da ONU (Organização das Nações Unidas) sobre os direitos da criança e do adolescente, que foi aprovada em assembleia geral, ocorrida em Nova Iorque e confirmada pelo Brasil, através do Decreto de nº 99.710/99.

Dessa feita, surgiu uma nova visão de responsabilidade e, na intenção de positivá-la, em 1990 foi editada a Lei nº 8.069, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que representou enorme avanço no reconhecimento dos direitos destas pessoas em fase de desenvolvimento.

Posteriormente à vigência deste Estatuto, o reconhecimento do estado de filiação passou a ser direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça. É indubitoso que foi necessário unir esforços entre a família, a comunidade e o poder público, com o objetivo de efetivar os novos direitos prescritos pelo ECA. Atualmente, observa-se em comunidades pobres que há programas do governo que visam a propiciar às crianças e adolescentes cursos profissionalizantes, preparando-os para o futuro e dando-lhes uma oportunidade.

É importante trazer à tona a inovação contida na Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do matrimônio. A aludida lei concedeu legitimidade ao Ministério Público para ingressar com ação de investigação de paternidade, quando constar do registro civil apenas a filiação materna. Tais disposições representaram a viabilidade do direito de toda criança ter um pai e uma mãe e de incumbi-los da responsabilidade de criá-la.

1.7 As famílias no Código Civil de 2002

A Lei nº 10.406/02, que instituiu o Novo Código Civil brasileiro, entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2002. Sua redação inicial, aprovada pela casa de origem foi profundamente alterada, desde sua apresentação até sua apreciação no Senado, que ocorreu aproximadamente 20 anos após e, dessa feita, tem-se um Código que apesar de novo, à época de sua vigência já estava desgastado em razão da sociedade se encontrar em constante mutação e os direitos que se diriam novos já haviam sido contemplados pela Constituição Federal, não representando grande avanço e sim, em alguns aspectos, um retrocesso, como a omissão do legislador quanto a inclusão de dispositivos regulamentadores do casamento entre pessoas do mesmo sexo ou até mesmo celebração não solene do casamento, tratando-o inexistente.

Igualmente o legislador deixou de mencionar na regulamentação a família monoparental e o respeito a esta, apesar das estatísticas mostrarem que vinte e seis por cento dos brasileiros vivem dessa forma.

LEITE (2008, p. 112/120) ressalta a mais importante das alterações como sendo aquela relacionada à isonomia conjugal, abarcando que pelo casamento homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes ou companheiros, sendo responsáveis pelos encargos da família, a saber, fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência e o sustento, guarda e educação dos filhos, com o adendo do respeito e consideração mútuos.

Nesta esteira de evolução pós Código Civil de 2002, como demonstração do sentimento retrogrado de parte da população brasileira, a bancada evangélica da Câmara dos Deputados, através do Projeto de Lei 674/07, do deputado Cândido Vaccarezza (PT-SP) visa constituir o Estatuto das Famílias.

A proposta retira todo o Direito de Família do Código Civil, estabelecendo-o em lei especial. Tal projeto busca afastar a união estável homoafetiva e reconhece como entidade familiar apenas aquela constituída por pares heterossexuais e seus filhos, ou ainda a família monoparental e aquela formada por irmãos, todavia, jamais por pares do mesmo sexo, demonstrando um grande retrocesso em relação aos posicionamentos já pacificados sobre o tema.

O projeto em questão encontra-se em tramite perante a Comissão de Constituição e Justiça e em 15/12/2010 foi aprovado em caráter conclusivo o

substitutivo apresentado pelo deputado Eliseu Padilha (PMDB-RS) que amplia alguns direitos aos entes familiares, como o reconhecimento da possibilidade do divórcio extrajudicial e dos filhos havidos por meios artificiais.

O projeto aguarda aprovação em segundo turno pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados para que possa ser remetido à apreciação do Senado Federal. Contudo, na hipótese de ser aprovado pelo Congresso Nacional, há rumores que deputados, senadores e doutrinadores contrários às normas ali estipuladas, lutarão pela decretação de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, é possível concluir que o conceito de família evoluiu de acordo com a sociedade e com os anseios humanos pela liberdade e igualdade entre os sexos principalmente dentro do ambiente familiar, surgindo, desta forma, o afeto, e, por conseguinte, os casamentos por amor. No entanto, o surgimento do amor entre os pares afastou os casamentos por interesse e foi precursor do divórcio e da união estável, cuja análise ocorrerá de forma mais aprofundada no capítulo subsequente.

CAPÍTULO 2

UNIÃO ESTÁVEL

2.1 Evolução histórica da União Estável

Desde as suas origens o Direito se ocupa da relação entre homem e mulher, inicialmente mais voltado para as questões patrimoniais e focado na denominada família de direito, oriunda das formalidades legais do matrimônio.

É indiscutível que desde a antiguidade clássica há o reconhecimento, seja em grau reduzido ou elevado, da chamada família de fato, ou seja, aquela surgida espontaneamente na sociedade, sem as formalidades do casamento.

Durante várias décadas, qualquer tipo de união não oriunda do casamento formal foi denominada de concubinato, sendo este classificado em concubinato puro, quando a união ocorria entre pessoas que não apresentavam impedimento matrimonial; e impuro, englobando o concubinato incestuoso, quando a relação envolvia conviventes com parentesco próximo, e adúltero, quando pelo menos um dos conviventes era casado com outra pessoa.

Em um primeiro momento, as uniões concubinárias mereciam a reprovação da sociedade, sendo certo que com a evolução dos costumes passaram a ser aceitas e reconhecidas e a merecer a proteção e tutela do Estado, sobretudo no caso do concubinato puro, que passou a ser reconhecido como união estável, termo este, inclusive, que é adotado pelo texto constitucional em vigor.

O Direito romano permitia que as uniões entre homens e mulheres fossem constituídas com ou sem o *manus maritalis*, que se constituía na submissão da mulher à autoridade do marido (*pater familias*).

Sob a égide da *manus maritalis*, a mulher deixava sua família consanguínea e tornava-se vinculada à família do marido, situação esta que acarretava a incorporação de todo o seu patrimônio ao do marido, que se tornava responsável por sua administração.

No Direito Romano havia três formas de aquisição do *manus maritalis*, conhecidas como *confarreatio*, *coemptio* e *usus*.

Segundo RIBEIRO (2003, pág. 139):

A *confarreatio* era a forma de união dos patrícios que permitia que os filhos nascidos dela participassem dos cultos sacerdotais; era o matrimônio religioso celebrado na presença de testemunhas que perdurou até o Império de Augusto. A *coemptio* era reservada aos plebeus e constituía-se numa espécie de casamento civil, onde o pai vendia a filha para o futuro marido; um resquício dos costumes bárbaros sem qualquer cunho religioso. O *usus* era uma forma de usucapião em que o homem adquiria a posse da mulher após o prazo de um ano de convivência desde que aquela não se ausentasse de casa por três noites consecutivas, *usurpatio trinoctium*, o que impedia que se concretizasse a aquisição. O *usus* produzia todos os efeitos gerados pelas outras duas formas de união, atribuindo ao marido o *manus maritallis* sobre a mulher.

Ainda no Direito Romano a simples convivência de fato entre homem e mulher, desde que inexistissem impedimentos matrimoniais entre os mesmos, podia ser reconhecida como *justae nuptiae*, que produzia os efeitos jurídicos do casamento. Todavia, tal hipótese não significava que todas as relações concubinárias recebiam o *status* de casamento, ou *justae nuptiae*, pois se houvesse impedimento entre os companheiros, como no caso do concubinato adúltero ou impuro, a união poderia produzir eventuais efeitos jurídicos, mas era inapta para atribuir *manus maritallis* ao homem.

No Direito Romano também havia a figura dos concubinatos, admitidos pelas *Lex Julia de adulteriis*, *Julia de maritendis ordinibus* e *Lex Papia poppaea*, e que consubstanciavam um “quase casamento”, distinto das *justae nuptiae* por não assegurarem os efeitos decorrentes do casamento e por não apresentarem o *consensus nuptialis* ou *affectio maritalis*, mas garantindo o surgimento de efeitos legais como a regularização da prole comum.

Assim, no período clássico, o concubinato não era proibido, ou sequer considerado imoral e, mesmo de forma remota, não poderia ser confundido com simples encontros passageiros entre os pares.

O concubinato romano versava sobre uma união de fato, na maioria das vezes duradoura e que atravessou diversas fases evolutivas. Ignorado pelo direito e não produzindo nenhum efeito jurídico (na República), o Imperador Augusto reconheceu licitude na união livre prolongada de homem e mulher de categorias sociais diferentes, no início do império. No Baixo Império, sob a influência do Cristianismo, hostil às relações extramatrimoniais, os concubinos foram incitados a regularizarem suas uniões sob pena de sofrerem as maldições Divinas.

Na era dos imperadores cristãos, iniciada com Constantino, o concubinato passou a ser mal visto socialmente e tanto a sociedade como as legislações da

época estimulavam os concubinos a regularizarem suas situações, contraindo matrimônio.

Com o fim do Império Romano, já na Idade Média, marcada pela intensa influência da Igreja Católica nas relações familiares e sociais, o matrimônio foi sacramentado, tornando-se um ato solene, de caráter religioso e indissolúvel.

Na Idade Média prevaleciam as normas do Direito Canônico, pelas quais a família somente poderia se iniciar com o matrimônio, como união aprovada por Deus e insuscetível de rompimento.

No Direito Canônico, o concubinato sempre foi condenado. Inicialmente de maneira menos severa, na medida em que era tido como uma realidade social; posteriormente, de forma mais intensa, assim como o incesto, o adultério e o homossexualismo.

Na primeira época do direito canônico, admitia-se o concubinato como casamento “clandestino” ou “presumido”. Segundo Azevedo (2011, p. 131), o direito Canônico, “captou o sentido da realidade social do concubinato, tratando de regulá-lo e de conceder-lhe efeitos, com o critério realista, procurando com isso, assegurar a monogamia e a estabilidade do relacionamento do casal, mas sem ratificá-lo”.

Com o advento do Concílio de Trento, em 1563, o casamento presumido ou clandestino foi definitivamente proibido, passando o concubinato a ser considerado uma relação ilegítima e, desta forma, determinou-se a obrigatoriedade da celebração formal do casamento, na presença da autoridade religiosa, de duas testemunhas, em cerimônia pública.

Nas palavras de Azevedo (2011, p. 133):

Com o concílio de Trento, em 1563, restou proibido o casamento presumido, determinando-se a obrigatoriedade de celebração formal do matrimônio, na presença de pároco, de duas testemunhas, em cerimônia pública. Essas celebrações passaram, então, a ser assentadas em registros paroquiais. Desse modo, condenou-se o concubinato. Foram estabelecidas penalidades severas contra os concubinos que, sendo três vezes advertidos, não terminassem seu relacionamento, podendo ser excomungados, a, até, qualificados de hereges.

Destaca-se que no Direito Canônico a obrigatoriedade da realização do casamento formal, público e em presença de testemunhas, perdura até a atualidade, sendo o casamento religioso considerado um dos sete sacramentos católicos.

No Brasil, em decorrência da colonização portuguesa, o Catolicismo sempre teve grande influência na sociedade, tanto que a primeira Constituição Brasileira, de

1824, estabeleceu a religião católica apostólica romana como a religião oficial do Império Brasileiro.

Após a independência, por força da Lei Imperial de 20 de outubro de 1823, a legislação portuguesa (Ordenações Filipinas) baseada no Direito Canônico permaneceu incidente no Brasil, e, diante de seus fundamentos, somente aceitava como legítimo o casamento celebrado com todas as formalidades religiosas.

Somente após a proclamação da República, por intermédio do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, foi regulamentado o casamento civil. Assim, a partir do referido advento, somente os casamentos celebrados em consonância com as referidas normas eram considerados válidos, situação que foi ratificada pela Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891, que estabeleceu, em seu artigo 72, §4º, que “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.

Nesta esteira, o Código Civil de 1916 continuou a fixar o casamento civil como único meio de constituição da família legítima. Referido Diploma Legal não regulamentou o concubinato em qualquer de suas formas, seja pura ou impura, contudo, noutra vertente, não o proibiu, referindo-se ao mesmo em algumas disposições esparsas, normalmente para defender o instituto do casamento, como no caso de seu artigo 248, inciso IV, que possibilitava à mulher casada reivindicar os bens comuns doados ou transferidos à concubina, e o artigo 1777, que estabelecia que a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice poderia ser anulada pelo outro cônjuge ou pelos herdeiros necessários, até dois anos após a dissolução da sociedade conjugal.

Assim, o texto legal apresentou de forma expressa a preferência do legislador e da sociedade pela família legítima, constituída através do casamento, em detrimento da família de fato, constituída pela união estável. No entanto, apesar da forte influência pelas famílias matrimoniais, as legislações esparsas e as decisões judiciais paulatinamente começaram a reconhecer direitos aos concubinos, sobretudo nos casos de concubinato puro.

Segundo Azevedo (2011, p. 174)

Nesse estado de coisas, foi importante o surgimento de uma legislação extravagante, em defesa do concubinato, e de uma jurisprudência, em evolução constante, nesse mesmo sentido, de caráter jurídico, mas de cunho eminentemente judicial.

O Decreto-lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944, regulamentador do acidente de trabalho, estabeleceu, no parágrafo único de seu artigo 21:

Artigo 21: (...)

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, não haverá distinção entre os filhos de qualquer condição, bem como terá os mesmos benefícios do cônjuge legítimo, caso este não exista ou não tenha direito ao benefício, a companheira mantida pela vítima, uma vez que haja sido declarada como beneficiária em vida do acidentado, na carteira profissional, no registro de empregados, ou por qualquer outro ato solene de manifestação de vontade.

Nesta esteira de evolução, a Lei nº 4.297, de 23 de dezembro de 1963 previu a possibilidade de outorga de pensão à companheira, em casos de óbito de servidor civil, militar ou autárquico, quando com o segurado tivesse mantido relação marital pelo período mínimo de cinco anos até a data do óbito.

Na mesma linha, a Lei 4.242, de 17 de julho de 1963 admitiu, em seu artigo 44, a possibilidade do servidor civil, militar ou autárquico desquitado, que não fosse responsável pelo sustendo do ex cônjuge, deduzir em seu imposto de rendas as despesas relativas à pessoa que vivesse sob sua exclusiva dependência econômica, há pelo menos cinco anos.

A Súmula nº 35 do Supremo Tribunal Federal, de 13 de dezembro de 1963, estabeleceu que “em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”.

Outro marco legal de grande relevância foi a edição, em 26 de dezembro de 1977, da Lei 6.515, que instituiu o divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, eliminando o caráter indissolúvel do casamento e abrindo espaço para um maior reconhecimento da chamada família de fato.

Paulatinamente, as decisões judiciais também passaram a reconhecer direitos às concubinas pela contribuição das mesmas ao patrimônio adquirido pelo esforço comum do casal, culminando com a edição, em 03 de abril de 1964, da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, determinando que “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Com o passar do tempo, algumas decisões judiciais firmaram o entendimento de que o concubinato, por si só, não daria origem à sociedade de fato mencionada

na já citada Súmula nº 380 do STF, sendo necessária a prova da efetiva colaboração dos concubinos para a formação do patrimônio comum.

Em resposta a tal posicionamento, uma parte da doutrina e da jurisprudência passou a sustentar o entendimento de que a sociedade de fato entre os concubinos apresentava caráter diferenciado da sociedade de fato comum, prevista no artigo 1.363 do Código Civil, estabelecida com base no direito obrigacional, na medida em que tinha como escopo principal a constituição da família de fato.

Assim, a mera permanência da concubina no lar, nas lides domésticas e no cuidado com os filhos do casal já seria suficiente para o reconhecimento do esforço comum (contribuição indireta), com a consequente partilha igualitária dos bens adquiridos na constância da união.

Outro marco jurisprudencial importante a ser destacado é a edição da Súmula de nº 382 pelo Supremo Tribunal Federal estabelecendo que: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Assim, houve a consolidação do entendimento de que o fato dos pares residirem em domicílios diferentes não obstaría o reconhecimento da união, desde que presentes os demais requisitos caracterizadores do mencionado instituto, como a afetividade e a intenção de constituir família.

Contudo, se o direito à partilha do patrimônio comum dos companheiros foi paulatinamente sendo admitido pela doutrina e a jurisprudência, com base na chamada sociedade de fato, nos termos da Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal, o direito a alimentos entre os companheiros sempre foi controverso. Os julgados inclinavam-se no sentido de negar o aludido direito, ao argumento de que a figura da sociedade de fato encontrar-se adstrita ao direito das obrigações, e não do direito de família.

Tal situação somente foi sanada com o advento da Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988, que expressamente reconheceu a união estável como entidade familiar.

Antes da CF/88, os direitos da companheira limitavam-se à simples meação dos bens adquiridos na vigência da sociedade de fato. A seu turno, a jurisprudência decidia sistematicamente pela inexistência de obrigação legal de alimentos em favor da companheira, pois no entendimento da época, o simples concubinato não conferia à mulher o direito de pleitear alimentos do amásio eis que a obrigação

alimentar era condicionada, por exigência legal, às relações de parentesco ou à existência de vínculo conjugal.

No âmbito constitucional, a Carta Republicana de 1890, conforme destacado anteriormente, fixou a proteção preferencial do Estado à família legítima, constituída sob as bases do casamento indissolúvel, situação que foi mantida nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967/69.

No entanto, ao contrário das Cartas anteriores, a Constituição Federal de 1988, previu expressamente a união estável como forma de constituição regular da família, no § 3º de seu artigo 226, nos seguintes termos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

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

Assim, a Carta Constitucional afastou definitivamente a união estável da esfera do direito das obrigações, como sociedade de fato, transferindo-a definitivamente para o âmbito do direito de família, como entidade familiar merecedora da proteção Estatal, da mesma forma que o casamento.

Nestes termos, o *caput* do artigo 226 da Constituição Federal fixou que a família permanece como base da sociedade, merecendo a especial proteção do Estado. Todavia, o §3º do referido artigo dispôs que a constituição familiar não estava mais adstrita exclusivamente ao casamento, acolhendo o pluralismo familiar.

Desta maneira, afasta-se o dogma segundo o qual o casamento seria a única fonte legítima da família, abrindo caminho para o reconhecimento de outras formas de constituição familiar, como a família monoparental e a estabelecida pela união estável.

Assim, com o advento constitucional houve a atribuição de legalidade ao fenômeno social e humano que já estava obtendo reconhecimento tanto pela jurisprudência quanto por leis esparsas que começaram a proteger as relações independentes do casamento.

O Código Civil de 2002 trouxe o mesmo conceito de união estável consagrado pela Lei nº 9278/96. Nestes termos, o artigo 1723 dispõe: “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”.

Tal dispositivo legal não apresenta prazo mínimo de convivência para sua constituição, afastando o critério temporal quinquenal previsto pela Lei 8971/94.

O aludido Diploma Civil apresenta normas na esfera das relações pessoais entre os companheiros, fixando os deveres de lealdade, respeito e assistência, guarda, sustendo e educação dos filhos como aqueles inerentes à união estável.

No aspecto patrimonial estabelece que na ausência de contrato escrito entre os pares o regime de bens regente da união estável será o da comunhão parcial de bens.

No entanto, ao dispor sobre a sucessão do companheiro, o Código Civil de 2002 fixa entendimento retrógrado e limita ao companheiro parte ínfima do patrimônio deixado pelo *de cuius*.

Nota-se que o novo Código Civil incorporou em seu texto as mudanças trazidas pela Constituição Federal e pelas leis especiais em matéria de família, além de apresentar significativas alterações, desde a conceituação do casamento até disposições sobre união estável.

Deu-se, na maior parte de seu texto, ampla e atualizada regulamentação dos aspectos essenciais do Direito de Família à luz dos princípios constitucionais, visando adaptar a nova legislação à evolução social deste período.

Assim, o Código Civil de 2002 dispensou tratamento especial quanto as diversas espécies de entidade familiar, principalmente à união estável, traçando proteção igualitária aos seus integrantes, demonstrando uma sensível e necessária evolução em relação às disposições apresentadas no Código Civil de 1916.

Na esteira de evolução da união estável e das demais formas de constituição familiar surge o poliamorismo, formato que pretende regular as relações havidas entre pessoas casadas ou em regime de união estável e um terceiro de boa fé.

Sobre o tema os Tribunais Pátrios firmaram posicionamento no sentido de admitir as uniões dúplices e garantir direitos às esposas e companheiras de um mesmo homem quando restar comprovada a boa fé de ambas e o desconhecimento das relações paralelas, *in verbis*:

DUPLA APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE SOCIEDADE DE FATO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADA. NÃO OCORRÊNCIA DA COISA JULGADA. DUPLICIDADE DE CÉLULAS

FAMILIARES. RATEIO DA PENSÃO ENTRE AS COMPANHEIRAS DO FALECIDO. 1- Havendo nos autos provas documentais e testemunhais aptas a formar o livre convencimento do magistrado, não há o que se falar em cerceamento do direito de defesa. 2- Não configura violação à coisa julgada quando verificado que a causa de pedir e o pedido não são os mesmos do mandado de segurança impetrado por uma das partes. 3- O conjunto probatório é suficiente para comprovar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante a outra união estável também vivida pelo falecido. 4- O reconhecimento da união dúplice assegura a ambas as companheiras o direito de perceber, cada uma, 50% dos valores deixados a título de pensão. RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. (TJGO, APELAÇÃO CÍVEL 254204-72.2009.8.09.0000, Rel. DR(A). GERSON SANTANA CINTRA, 5ª CAMARA CÍVEL, julgado em 24/06/2010, DJe 644 de 19/08/2010).

APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. LEGITIMAÇÃO. PERÍODO. PROVA. MEAÇÃO. "TRIAÇÃO". SUCESSÃO. USUFRUTO. AGRAVO RETIDO Os sucessores do de cujus são os legitimados para responder ação declaratória de união estável. PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO DÚPLICE A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante ao casamento de "papel". Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO ("TRIAÇÃO") Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o de cujus. Meação que se transmuda em "triação", pela duplicidade de uniões. DIREITO AO USUFRUTO A companheira tem direito ao usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo de cujus, quando da existência de filhos. Regramento com base na legislação vigente ao tempo do código de 1916, época do óbito do autor da herança. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. UNÂNIME. DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO. POR MAIORIA, VENCIDO O PRESIDENTE QUE PROVIA, EM PARTE, EM MENOR EXTENSÃO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70011962503, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 17/11/2005)

Assim, surgida nos primórdios da sociedade a união estável traçou um longo e atribulado caminho até chegar ao reconhecimento nos moldes atuais, que garante aos companheiros a proteção Estatal tanto almejada.

2.2 Requisitos configuradores da União Estável

Conforme visto, a primeira tentativa de regulamentação da união estável surgiu na Lei 8.971/94, a qual exigia um relacionamento constituído por um homem solteiro, separado judicialmente ou viúvo com uma mulher em idêntico estado civil. Para tanto, a referida lei ainda exigia entre ambos a convivência mínima de cinco anos ou a existência de filhos comuns.

Nota-se, portanto, que a estabilidade da união estável dependia do transcurso de prazo determinado ou da formação de prole.

A natural e esperada insatisfação com o referido texto legal redundou no advento da Lei 9.278/96, que suprimiu o prazo, indicando-se como união estável a convivência duradoura, pública e contínua entre um homem e uma mulher, desenvolvida com o objetivo de constituição de família.

Além destes requisitos, estipulou-se como deveres dos conviventes o respeito e consideração mútuos, a assistência moral e material recíproca e a guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

No entanto, o legislador fixou de forma expressa os requisitos configuradores da união estável, taxativamente descritos no artigo 1723 do Código Civil, *in verbis*: “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”.

Nota-se, portanto, que para o reconhecimento judicial da união estável as partes deverão produzir provas documentais e testemunhais a fim de comprovar a existência dos aludidos elementos configuradores, dependendo, portanto, de dilação probatória na ação de reconhecimento para tal mister.

Para Oliveira Filho (2011, pag.20):

Ordinariamente, somente após a instrução probatória, o julgador estará habilitado a reconhecer a repercussão da lei no fato demonstrado, ou seja, a existência de um relacionamento extrapatrimonial nos moldes preconizados no pioneiro art. 226, §3º, da Constituição Federal, há pouco na lei 9.278/96 e agora no art. 1.723 do Código Civil, capaz, então de autorizar a concessão de direitos.

Assim, passa-se à análise dos elementos configuradores da união estável:

2.2.1 Notoriedade

A notoriedade da ligação entre os companheiros não advém do seu amplo conhecimento por terceiros, ou seja, não necessita ser um fato de conhecimento de toda a comunidade onde vivem, sendo suficiente o reconhecimento por um círculo de amigos e de pessoas que convivem de forma mais próxima com o casal.

A publicidade significa que a relação não deve ocorrer às escondidas, envolta frequentemente no manto suspeito da clandestinidade.

Segundo Oliveira Filho (2011, p. 20):

A união estável se assemelha a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas a publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar evidenciado pela *affectio socitatis* que pode ser conceituada como um estado de ânimo continuativo e uma perseverança na vontade dos conviventes na preservação da sociedade afetiva.

Sobre o tema, eis o pensar judicante:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - UNIÕES ESTÁVEIS PARALELAS - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA VIDA EM COMUM - RECURSO DESPROVIDO. 1. (...). 2. O Tribunal "a quo", respaldado no extenso acervo probatório, **concluiu pela ausência da união estável, haja vista a existência de concubinato entre a recorrente e o "de cujus", já que não havia entre ambos o affectio maritalis, muito menos a notoriedade e publicidade do vínculo.** Sendo assim, para acolhimento do apelo extremo, seria imprescindível derruir as afirmações contidas no *decisum* atacado, o que, forçosamente, ensejaria em rediscussão de matéria fática, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça, motivo pelo qual é manifesto o descabimento do recurso especial. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 259.240/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 22/08/2013) (grifo)

RECURSO ESPECIAL - NOMEM IURIS - DEMANDA - PRINCÍPIO ROMANO DA MIHI FACTUM DADO TIBI JUS - APLICAÇÃO - UNIÃO ESTÁVEL - ENTIDADE FAMILIAR - RECONHECIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO - REQUISITOS - CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA - OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA - DEVERES - ASSISTÊNCIA, GUARDA, SUSTENTO, EDUCAÇÃO DOS FILHOS, LEALDADE E RESPEITO - ARTIGO 1.597, DO CÓDIGO CIVIL - PRESUNÇÃO DE CONCEPÇÃO DOS FILHOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - APLICAÇÃO AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - ESFERA DE PROTEÇÃO - PAI COMPANHEIRO - FALECIMENTO - 239 (DUZENTOS E TRINTA E NOVE DIAS) APÓS O NASCIMENTO DE SUA FILHA - PATERNIDADE - DECLARAÇÃO - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I – (...). II - O ordenamento jurídico pátrio reconhece, como entidade familiar, a união estável entre pessoas (ut ADPF N. 132/RJ, Rel.Min. Ayres Brito, DJe de 14/10/2011), configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família (artigo 1723, do Código Civil), com atenção aos deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação de filhos (artigo 1724, do Código Civil), de modo a permitir aplicação, às relações patrimoniais, no que couber, das regras pertinentes ao regime de comunhão parcial de bens (artigo 1725, do Código Civil). III - **A lei não exige tempo mínimo nem convivência sob o mesmo teto, mas não dispensa outros requisitos para identificação da união estável como entidade ou núcleo familiar, quais sejam: convivência duradoura e pública, ou seja, com notoriedade e continuidade, apoio mútuo, ou assistência mútua, intuito de constituir família, com os deveres de guarda, sustento e de educação dos filhos comuns, se houver, bem como os deveres de lealdade e respeito.** IV - Assim, se nosso ordenamento jurídico, notadamente o próprio texto constitucional (art. 226, §3º), admite a união estável e reconhece nela a existência de entidade familiar, nada mais razoável de se conferir interpretação sistemática ao art. 1.597, II, do Código Civil, para que passe a contemplar, também, a presunção de concepção dos filhos na constância de união estável. V – (...). VI – (...). VII - Recurso especial provido. (REsp

1194059/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 14/11/2012) (grifo)

Assim, visando afastar a clandestinidade própria dos concubinatos e a fim de reascender as discussões sobre o tema o legislador exigiu expressamente a existência de uma relação pública e reconhecida pelo meio social dos companheiros como um dos elementos constitutivos da união estável.

2.2.2 Fidelidade

Conforme ocorre nos casamentos, o dever de fidelidade entre os pares aparece como condição indispensável à constituição e reconhecimento jurídico da união estável.

Apesar de inexistir do concubinato a obrigação expressa de exclusividade afetiva, certamente que esta subsiste como valor ético irrecusável fixado nos preceitos de lealdade e respeito descritos no artigo 1724 do Código Civil de 2002.

Contudo, não se compadece com o conceito de fidelidade o vínculo que enseja aos companheiros a dispensa de limites ou de abstinência íntima em face de terceiros estranhos à relação, a exemplo a que se refere como “relacionamentos abertos ou livres”, os quais são movidos unicamente pelas regras unipessoais estabelecidas entre o casal.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça fixou o seguinte posicionamento:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei 9.278/96. 1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 20.03.2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.04.2012. 2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo *de cuius*, que mantinha outro relacionamento estável com terceira. 3. **Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros.** 4. **A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis familiar*, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade.** 5. **Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade - que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo - para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus**

integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. 6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. 7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles. 8. Recurso especial desprovido. (REsp 1348458/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 25/06/2014) (grifo)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 07/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. 1.- Para a caracterização da união estável devem-se considerar diversos elementos, tais como o ânimo de constituir família, o respeito mútuo, a comunhão de interesses, a fidelidade, a comunhão de interesses e a estabilidade da relação, não esgotando os pressupostos somente na coabitação. (AgRg nos EDcl no REsp 805.265/AL, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 21/09/2010). 2.- (...). 3.- (...). 4.- A agravante não trouxe qualquer argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, o qual se mantém por seus próprios fundamentos. 5.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 223.319/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013)

Todavia, a infidelidade como comportamento infrator dos deveres de lealdade e de respeito não se vincula unicamente à descoberta da ocorrência de conjunção carnal ilícita praticada pelo parceiro, haja vista que qualquer conduta lasciva tida como relevante sob o ponto de vista das condições subjetivas da parte ofendida é motivo jurídico suficiente para o desate forçado da união estável.

Assim, a fidelidade entre os pares, entrelaçada diretamente com os deveres de lealdade e respeito fixados pela norma legal, restando pacificada como um dos elementos constitutivos da união estável.

2.2.3 Convivência

Quanto à convivência, necessário frisar que quando a lei se reporta à convivência duradoura, pública e contínua não pretende fixar que a união estável se estabeleça somente nas hipóteses em que os parceiros residam sobre o mesmo teto.

Apesar de não afastar a importância da coabitação, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece como válida a união estável entre conviventes que, por justo motivo, residam em lugares diversos, seja por força de vínculos pessoais ou profissionais. Nesta mesma seara, nos casamentos, em razão das exigências da vida moderna, que modificou a visão dos fatos sociais, atualmente, também se acata que a resistência distinta entre os cônjuges não viola, em situações peculiares, o dever de coabitação.

Sobre o tema, a Supremo Tribunal Federal sumulou o entendimento no sentido de que a convivência sobre o mesmo teto não é condição *sine qua non* para a configuração do concubinato, conforme verbete sumular nº 380 da Corte Suprema, situação esta que, por analogia, se estende à união estável. Nestes termos: “Súmula 380: A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Neste sentido foi a jurisprudência fixada pelo Superior Tribunal de Justiça, amplamente acolhida pelos Tribunais Estaduais, a qual assinalou que a vida em comum não pode ser exigida como requisito essencial para caracterização da união estável, *in verbis*:

DIREITOS PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL. REQUISITOS. CONVIVÊNCIA SOB O MESMO TETO. DISPENSA. CASO CONCRETO. LEI N. 9.728/96. ENUNCIADO N. 382 DA SÚMULA/STF. ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. DOUTRINA. PRECEDENTES. RECONVENÇÃO. CAPÍTULO DA SENTENÇA. TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM. HONORÁRIOS. INCIDÊNCIA SOBRE A CONDENAÇÃO. ART. 20, § 3º, CPC. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. I - **Não exige a lei específica (Lei n. 9.728/96) a coabitação como requisito essencial para caracterizar a união estável. Na realidade, a convivência sob o mesmo teto pode ser um dos fundamentos a demonstrar a relação comum, mas a sua ausência não afasta, de imediato, a existência da união estável.** II - **Diante da alteração dos costumes, além das profundas mudanças pelas quais tem passado a sociedade, não é raro encontrar cônjuges ou companheiros residindo em locais diferentes.** III - **O que se mostra indispensável é que a união se revista de estabilidade, ou seja, que haja aparência de casamento,** como no caso entendeu o acórdão impugnado. IV - Seria indispensável nova análise do acervo fático-probatório para concluir que o envolvimento entre os interessados se tratava de mero passatempo, ou namoro, não havendo a intenção de constituir família. V – (...). VI – (...). VII – (...) (REsp 474.962/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 23/09/2003, DJ 01/03/2004, p. 186).

Desta forma, a convivência sob o mesmo teto pode ser um dos fundamentos a comprovarem a existência de união estável entre as partes, todavia, a ausência do

convívio conhecido como *more uxório* não afasta, de imediato, a evidência da entidade familiar, pois, diante da alteração dos costumes, além das profundas mudanças pelas quais tem passado a sociedade, tornou-se comum encontrar cônjuges e companheiros residindo em locais distintos, sem que tal situação lhes impeça a convivência íntima dos casais.

Nestes termos, a índole duradoura, pública e contínua de uma convivência implica em características que se completam para a visualização da sociedade afetiva norteadas por um conjunto de direitos e deveres correlacionados, o que confere ao vínculo o *honor matrimonii* (aparência de casamento).

2.3 Primeiros direitos adquiridos pelos companheiros

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e o reconhecimento da União Estável como entidade familiar tornou-se necessária a regulamentação dos direitos dos companheiros, haja vista que a Carta Magna não regulamentou o instituto ou determinou os seus contornos jurídicos, atribuindo tal encargo à legislação ordinária.

Assim, foram editadas as Leis 8.971/94 e 9.278/96 que serão objeto de estudo a seguir:

2.3.1 A Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994

A lei em comento foi editada com a finalidade de regulamentar os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão, direitos estes que já se tinham sido alvo de discussões e vinham sendo reconhecidos no âmbito doutrinário e jurisprudencial, contudo, necessitavam da devida previsão legal.

O artigo 1º da referida lei eliminou de forma definitiva a discussão até então existente com relação ao direito dos companheiros pleitearem alimentos recíprocos, prevendo-os expressamente nos seguintes termos:

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 necessidade.

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

O texto legal trouxe como principal inovação a fixação do prazo de convivência de cinco anos, ou a existência de prole comum, como requisitos para a concessão do direito a alimentos. Estabeleceu, ainda, que tal direito somente poderia ser pleiteado em caso de necessidade e enquanto os conviventes não constituíssem nova união.

A Lei nº 8971, de 29 de dezembro de 1994 também inovou ao elencar, além do direito à meação do patrimônio comum (artigo 3º), direitos hereditários aos companheiros, da seguinte forma:

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

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

II – O (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de metade dos bens do de cujus, 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.

Assim, o companheiro sobrevivente enquanto não constituísse nova união teria direito ao usufruto da quarta parte dos bens do falecido, se este deixou filhos; ou da metade de referidos bens, se o falecido não tivesse deixado descendentes.

O inciso III do referido artigo inovou, ainda, ao prever a possibilidade do companheiro herdar a totalidade dos bens do falecido, na hipótese deste não deixar ascendentes ou descendentes.

2.3.2 A Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996

Menos de dois anos após a edição da lei regulamentadora do direito dos companheiros a alimentos e sucessão, acima descrita, sobreveio novo diploma legal, com o objetivo de regular o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal e com a intenção não declarada de constituir um verdadeiro estatuto da união estável.

Já em seu primeiro artigo, o texto legal pretendeu conceituar a união estável, como a “convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição da família”.

Assim, diferentemente da lei anterior, a presente norma não estabeleceu prazo certo para a configuração da união estável, e, tampouco, vinculou seu reconhecimento à existência de prole comum.

Ao definir a entidade familiar, estabeleceu seus requisitos como sendo: a) convivência entre um homem e uma mulher; b) convivência duradoura, pública e contínua; c) objetivo de constituição de família.

O artigo 2º, por sua vez, elencou os direitos e deveres entre os companheiros, fixando os deveres de respeito e consideração mútuos, assistência moral e material recíproca e guarda, sustento e educação dos filhos. Constituindo, assim, uma evidente tentativa de equiparação da união estável ao casamento.

O artigo 5º fixou a meação sobre os bens adquiridos onerosamente por um ou ambos os conviventes, na constância da união, determinando que os mesmos passassem a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação em contrário em contrato escrito, aproximando, definitivamente, a união estável do regime da comunhão parcial de bens.

O artigo 7º determinou a assistência material (alimentar) devida por um dos conviventes ao outro que dela necessitar, em caso de dissolução da união estável por rescisão. O parágrafo único do referido artigo, por sua vez, fixou que, na hipótese de dissolução da união por morte de um dos conviventes, o sobrevivente teria direito real de habitação do imóvel destinado à residência da família, enquanto não constituísse nova união ou casamento.

O artigo 8º tratou da possibilidade dos companheiros apresentarem, de forma conjunta, requerimento diretamente ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição do seu domicílio, solicitando a conversão da união estável em casamento, sem a necessidade de apresentação da referida solicitação ao Poder Judiciário.

Finalmente, o artigo 9º fixou a competência do Juízo das Varas de Família para apreciar e dirimir toda a matéria relativa à união estável, assegurando o necessário segredo de justiça, eliminando definitivamente com qualquer controvérsia porventura ainda existente acerca da competência das varas cíveis para as referidas ações.

Com o advento do Código Civil de 2002 os direitos elencados nas referidas normas foram definitivamente assegurados aos companheiros, tornando-se matéria pacificada pela norma legal, doutrina e jurisprudência.

2.4 União estável homoafetiva

Indiscutível que a homossexualidade e homoafetividade existem desde os primórdios da sociedade e já eram reconhecidas desde o Império Romano, sendo consideradas inerentes ao ser humano que com elas caminha e evolui, haja vista serem questões relacionadas à liberdade de escolha de cada um, na busca pela felicidade, principal objetivo em termos de dignidade da pessoa humana.

Conforme amplamente destacado em linhas anteriores, no âmbito do Direito de Família, a Constituição Federal de 1988 inovou ao ampliar o âmbito da proteção jurídica estatal aos demais tipos de famílias, como as formadas pela união estável ou as monoparentais.

Desta forma, o texto constitucional não fechou as portas ao intérprete e deixou claro que as relações familiares baseiam-se no enlace afetivo entre as pessoas.

Contudo, o legislador Constituinte, talvez pelos costumes da época, limitou o reconhecimento jurídico das relações familiares constituídas entre pessoas de sexos opostos, deixando expressa a frase: “entre um homem e uma mulher”, silenciando em relação às relações homoafetivas, que já existiam na década de 1980 em todo o mundo.

Todavia, de 1988 até os dias atuais a sociedade evoluiu significativamente e no âmbito das relações familiares tal evolução foi ainda mais considerável.

Sobre o tema, leciona Dias (2003, p. 98):

As relações familiares são as mais sujeitas a mutações, pois regidas por costumes que se alteram cada vez em maior velocidade. O gradual afastamento da sociedade da moral judaico-cristã rompeu o modelo conservador da família, que dispunha de um perfil patriarcal, hierarquizado, patrimonial, matrimonializado e heterossexual. A revolução feminista, bem como o surgimento dos métodos contraceptivos e de reprodução assistida, produziu profundas alterações na estrutura familiar. O desafio foi abandonar o tradicional conceito de família, identificado exclusivamente com o casamento, e encontrar novos referenciais, para albergar as organizações que se formaram fora do laço da oficialidade. O comprometimento mútuo decorrente de um elo de afetividade levou a doutrina a chamar de família a multiplicidade de vínculos que se identificam pelo afeto.

Na condição de situação de fato, as uniões homoafetivas foram gradativamente reportadas ao conhecimento do Poder Judiciário para análise dos pedidos relativos a direitos sucessórios, previdenciários e adoção por parceiros

homossexuais. Enfim, o direito à felicidade de uma minoria precisava ser respeitado, principalmente em um Estado Democrático de Direito, onde a tolerância e o respeito a todos os cidadãos são essenciais.

Para Silva (2005, p. 132):

[...] a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo. Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, depois para realçar que, além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes.

Pioneiro nas decisões envolvendo as relações homoafetivas, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mais vanguardista entre os Tribunais de Justiça Pátrios, começou a proferir e confirmar decisões que garantiam direitos aos pares homoafetivos.

À época, Dias (2003, p. 145) asseverou sobre o tema:

A postura da jurisprudência, juridicizando e inserindo no âmbito do Direito de Família as relações homoafetivas, como entidades familiares, é um marco significativo. Inúmeras outras decisões despontam no panorama nacional a mostrar a necessidade de se cristalizar uma orientação que acabe por motivar o legislador a regulamentar situações que não mais podem ficar à margem da justiça. Consagrar os direitos em regras legais talvez seja a maneira mais eficaz de romper tabus e derrubar preconceitos. Mas, enquanto a lei não vem, é o Judiciário que necessita suprir a lacuna legislativa, mas não por meio de julgamentos permeados de preconceitos ou restrições morais de ordem pessoal.

Em um passado recente, o Poder Judiciário nas raras oportunidades que reconhecia a existência das uniões homossexuais conferia-lhes apenas o efeito de ordem patrimonial, intitulando-as como sociedades de fato. Relegadas ao direito das obrigações, lograva a um dos sócios a obrigação de provar sua efetiva participação na aquisição dos bens amealhados durante o período de convívio, determinando-se a participação patrimonial e operando verdadeira divisão de lucros.

Nesta linha de entendimento, em 1998 o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento ementado na seguinte redação:

SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. O PARCEIRO TEM O DIREITO DE RECEBER A METADE DO PATRIMONIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM, RECONHECIDA A EXISTENCIA DE SOCIEDADE DE FATO COM OS REQUISITOS NO ART. 1363 DO C. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL.

ASSISTENCIA AO DOENTE COM AIDS. IMPROCEDENCIA DA PRETENSÃO DE RECEBER DO PAI DO PARCEIRO QUE MORREU COM AIDS A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL DE TER SUPOSTADO SOZINHO OS ENCARGOS QUE RESULTARAM DA DOENÇA. DANO QUE RESULTOU DA OPÇÃO DE VIDA ASSUMIDA PELO AUTOR E NÃO DA OMISSÃO DO PARENTE, FALTANDO O NEXO DE CAUSALIDADE. ART. 159 DO C. CIVIL. AÇÃO POSSESSORIA JULGADA IMPROCEDENTE. DEMAIS QUESTÕES PREJUDICADAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO. (REsp 148.897/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 10/02/1998, DJ 06/04/1998, p. 132)

Entretanto, no ano de 1999 o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul inovou ao definir a competência dos juizados especializados da família para apreciar e julgar os feitos relacionados às uniões homoafetivas. Decisão que restou ementada nos seguintes termos:

RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. EM SE TRATANDO DE SITUAÇÕES QUE ENVOLVEM RELAÇÕES DE AFETO, MOSTRA-SE COMPETENTE PARA O JULGAMENTO DA CAUSA UMA DAS VARAS DE FAMÍLIA, A SEMELHANÇA DAS SEPARAÇÕES OCORRIDAS ENTRE CASAS HETEROSSEXUAIS. AGRAVO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 599075496, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Breno Moreira Mussi, Julgado em 17/06/1999)

Nesta mesma esteira, ainda o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no ano de 2001, proferiu o primeiro julgamento reconhecendo a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, conferindo direito a herança a um dos parceiros, conforme observado na ementa a seguir transcrita:

UNIAO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMONIO. MEACAO PARADIGMA. NAO SE PERMITE MAIS O FARISAISMO DE DESCONHECER A EXISTENCIA DE UNIOES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E A PRODUCAO DE EFEITOS JURIDICOS DERIVADOS DESSAS RELACOES HOMOAFETIVAS. EMBORA PERMEADAS DE PRECONCEITOS, SAO REALIDADES QUE O JUDICIARIO NAO PODE IGNORAR, MESMO EM SUA NATURAL ATIVIDADE RETARDATARIA. NELAS REMANESCEM CONSEQUENCIAS SEMELHANTES AS QUE VIGORAM NAS RELACOES DE AFETO, BUSCANDO-SE SEMPRE A APLICACAO DA ANALOGIA E DOS PRINCIPIOS GERAIS DO DIREITO, RELEVADO SEMPRE OS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. DESTA FORMA, O PATRIMONIO HAVIDO NA CONSTANCIA DO RELACIONAMENTO DEVE SER PARTILHADO COMO NA UNIAO ESTAVEL, PARADIGMA SUPLETIVO ONDE SE DEBRUCA A MELHOR HERMENEUTICA. APELACAO PROVIDA, EM PARTE, POR MAIORIA, PARA ASSEGURAR A DIVISAO DO ACERVO ENTRE OS PARCEIROS. (Apelação Cível Nº 70001388982, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 14/03/2001)

O Superior Tribunal Eleitoral, ao estender a inelegibilidade à parceira do mesmo sexo, atestou a existência de uma união estável homoafetiva, *in verbis*:

REGISTRO DE CANDIDADO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART 14, § 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra da inelegibilidade prevista no art 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. (TSE, Resp Eleitoral 24.564, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01.10.2004)

Contudo, foi no âmbito do Direito Previdenciário que se multiplicaram as decisões reconhecendo direitos entre os pares homoafetivos. Assim, em 2006 o tema chegou ao Superior Tribunal de Justiça quando foi admitida a inclusão do companheiro do mesmo sexo como dependente em plano de assistência médica sob o argumento de que a relação homoafetiva gera direitos análogos aos da união estável. Nestes termos, restou ementado o referido posicionamento:

PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA. Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento. - **A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. - O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.** - Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta. (REsp 238.715/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/03/2006, DJ 02/10/2006, p. 263) (grifo)

Assim, a questão dos homoafetivos chegou ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal em apreciação conjunta da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ. A primeira, proposta pela Procuradoria-Geral da República, pedia o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, com a ampliação dos direitos conferidos aos companheiros heterossexuais nas uniões estáveis aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. A segunda, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, pedia, sob os argumentos da isonomia,

liberdade e dignidade da pessoa humana, que o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, fosse estendido às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis daquele Estado.

Acompanhando o voto do Relator, Ministro Ayres Britto, o Plenário do STF, por unanimidade, decidiu pela procedência das ações propostas, dando interpretação conforme a Constituição Federal no sentido de excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que pudesse vir a impedir o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

Diante da repercussão geral, a referida decisão recebeu efeito vinculante e passou a ter força de emenda constitucional.

Com efeito, restou ementado pela Corte Suprema o seguinte entendimento:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR

FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub iudice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento

da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001)

Assim, com a evolução da sociedade e do pensamento jurídico sobre o tema, as uniões homoafetivas receberam a devida segurança e proteção Estatal, haja vista que após o reconhecimento como entidade familiar os pares homoafetivos passaram a ter os mesmos direitos inerentes aos casais heterossexuais.

A evolução interpretativa do Direito de Família no âmbito doutrinário e jurisprudencial permitiu a conciliação das uniões heterossexuais com os vínculos homoafetivos, excluindo a diferença de sexos como requisito para o reconhecimento social de tais uniões para fins legais. A mudança consistiu em conceber a orientação da sexualidade como uma prerrogativa inata à dignidade da pessoa humana, cujo respeito é princípio republicano fundamental.

2.5 A equiparação ao matrimônio sob o regime da comunhão parcial de bens

Conforme destacado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar, contudo delegou ao legislador infraconstitucional a sua regulamentação.

Assim, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1725, estabeleceu que a união estável, salvo contrato escrito entre os pares, seguiria o regime da comunhão parcial de bens, regime legal fixado pelo referido Diploma Legal, no artigo 1640, nas hipóteses de ausência de pacto pré-nupcial entre os cônjuges.

Sobre o tema, eis as referidas disposições legais:

Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

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.

Sob a égide de tal regime de bens, o patrimônio adquirido na vigência da união estável comunica-se de forma integral entre os pares independentemente da contribuição financeira, mantendo-se exclusivamente para cada um deles os bens adquiridos antes da união e aqueles recebidos por herança ou doação, que também não são divididos no caso de dissolução da união estável, mesmo que a herança ou a doação tenham sido recebidas durante o casamento.

O regime de bens é um dos elementos que devem constar da escritura pública da união estável e suas escolhas devem refletir os interesses e desejos do casal, uma vez que a vida conjunta tem implicações financeiras.

Destaca-se que nas hipóteses do casal optar pela união estável, é importante a elaboração da escritura pública para fins de registros do termo inicial da união a fim de se verificar o patrimônio de cada companheiro antes da união estável.

Para Dias, (2010, p. 176):

Constituída a união estável, instala-se a cotitularidade patrimonial, ainda que somente um dos conviventes tenha adquirido o bem. O direito de propriedade resta fracionado em decorrência do condomínio que exsurge *ex vi legis*. Logo, o titular nominal do domínio não pode aliená-lo, pois se trata de bem comum. É necessária a concordância do companheiro. A constituição da união estável leva à perda da disponibilidade dos bens adquiridos, revelando-se indispensável a expressa manifestação de ambos os proprietários para o aperfeiçoamento de todo e qualquer ato de disposição do patrimônio comum. A tendência é reconhecer a ineficácia do ato praticado sem a vênua do par, preservando o patrimônio de quem não firmou o compromisso. Portanto, se um dos companheiros praticar sozinho qualquer dos atos elencados como proibidos (CC 1.647), ainda que não se decrete sua nulidade, é de ser resguardada a meação do parceiro. O ato dispositivo não atinge a metade do patrimônio comum, tornando-se ineficaz em relação à metade do convivente. Dispõe ele de legitimidade para opor embargos de terceiros (CPC 1.046) a fim de defender a meação do bem adquirido durante a união.

Frisa-se que a união estável apesar de gerar a copropriedade dos bens adquiridos, não há qualquer determinação obrigando o respectivo registro em nome de ambos os conviventes. Assim, escriturado o imóvel em nome de apenas um dos companheiros, o documento público é válido, pois não encerra qualquer vício.

A lei fixa a necessidade da outorga uxória entre os cônjuges para a prática de atos que possam comprometer o patrimônio comum, todavia, na união estável, nada é referido. Em decorrência de tal omissão legislativa, em princípio, não se poderia exigir o consentimento do companheiro para a alienação do patrimônio imobiliário, a concessão de fiança ou aval e a realização de doações. Entretanto, como a

limitação é imposta pela lei a todo e qualquer regime de bens, salvo ao regime da separação absoluta, não há como afastar a mesma exigência em sede de união estável em que vigora o regime da comunhão parcial.

Assim, reconhecida a união estável como entidade familiar, é necessário estender-lhe as mesmas limitações para salvaguardar o patrimônio do casal e proteger terceiros de boa-fé. Neste contexto, aplica-se a Súmula nº 332 do STJ que proclama a ineficácia total da fiança prestada por somente um do par: “A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica em ineficácia total da garantia”.

Em relação à penhora, as mesmas exigências que são feitas aos cônjuges existem na união estável, ou seja, recaindo a penhora sobre bem imóvel é necessária a intimação do companheiro do executado. Desta mesma forma, incidindo sobre bem indivisível a meação do companheiro alheio à execução recai sobre o produto da alienação do bem, o que não obsta o uso de embargos de terceiros.

Nesta seara, os bens particulares de cada convivente responderão pelo pagamento das suas dívidas particulares, independentemente do nome sob o qual esteja o bem.

Nas hipóteses de indeferimento do pedido de reconhecimento da união estável e comprovada a aquisição de patrimônio durante o período em que perdurou o vínculo afetivo, o companheiro dispõe de direito a indenização em montante correspondente à metade do valor do bem, sendo suficiente, para tanto, o embaralhamento do patrimônio por força da relação afetiva.

Nestes termos, nota-se que o legislador infraconstitucional ao fixar o regime da comunhão parcial de bens como o regente da união estável, quando as partes não tiverem formalizado contrato em sentido diverso, outorgou aos companheiros os mesmos direitos e deveres inerentes aos cônjuges.

2.6 Formas de extinção da união estável

A dissolução da união estável poderá ocorrer: pela morte de um dos pares, pelo casamento ou pela vontade das partes.

Como nos casamentos, a dissolução da união estável gera consequências para os companheiros, dentre eles: a partilha dos bens amealhados na vigência da

união, o dever de prestação alimentícia entre os pares e a definição quanto a guarda e alimentos dos filhos menores, se houver.

Por ser um fato jurídico, quando os pares não firmaram termo de união estável por escritura pública, a sua dissolução judicial necessita previamente ser reconhecida em juízo. Assim, as partes devem ingressar com ação de reconhecimento e dissolução da união estável, através da qual a parte interessada apresentará todas as provas da existência do vínculo afetivo entre os pares para, posteriormente, dissolve-la e, conseqüentemente, fixar a partilha dos bens porventura amealhados na vigência da união, bem como estabelecer os alimentos entre os ex companheiros e definir as questões jurídicas em relação aos filhos menores.

O Código Civil de 2002 previu a possibilidade de conversão da união estável em casamento, através de requerimento ao juízo da Vara de Família e Sucessões da Comarca onde residam os conviventes, que observando a regularidade do pleito, determinará o processamento no Registro Civil.

Outro efeito decorrente da dissolução da união estável é a guarda dos filhos menores, que nos termos do Código Civil de 2002 poderá caber a qualquer dos companheiros eis que após a promulgação da Constituição Federal de 1988 o poder familiar foi conferido a ambos os pais, em igualdade de condições, quanto aos deveres de guarda e conservação do acervo patrimonial e dos filhos menores.

Na hipótese de dissolução da união estável por morte de um dos companheiros, o atual Diploma Civil fixa em seu artigo 1.790 que o companheiro sobrevivente participará da sucessão do falecido, nas seguintes condições:

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.

Na linha evolutiva da união estável, em caso de dissolução por morte de um dos pares, ao companheiro sobrevivente restou assegurado o direito real de habitação, sobre o imóvel destinado à residência familiar, enquanto viver e desde

que não constitua nova união ou se case, conforme preceitua a Lei 9.278/96 em seu art. 7º, parágrafo único.

Nestes termos, dissolvida a união estável por vontade das partes, o Código Civil de 2002 fixa os mesmo direitos e deveres relativos aos cônjuges. Entretanto, nas hipóteses em que a extinção da união estável se opera por força de óbito de um dos pares, o legislador infraconstitucional elenca formas diversas de sucessões entre os dois institutos, discussão esta que será abordada detalhadamente no próximo capítulo.

CAPÍTULO 3

A INCONSTITUCIONALIDADE DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

Conforme amplamente demonstrado do curso da presente dissertação, o legislador infraconstitucional ao estabelecer o formato de sucessão imposto aos conviventes em união estável o fez de forma diversa daquela estabelecida aos cônjuges no mesmo regime patrimonial de bens e de maneira manifestamente prejudicial ao mesmo, situação esta que será detalhadamente discutida no presente capítulo, com a devida análise das características do direito de sucessões e dos princípios constitucionais que norteiam o tema.

3.1 O direito das sucessões

Na tentativa de conceituar o tema, a doutrina de vanguarda o apresenta como a substituição do titular do patrimônio ativo e passivo por seus herdeiros consanguíneos ou aqueles escolhidos via testamento ou legado.

Nas palavras de Dias (2010, p. 28)

É a substituição do titular de um direito, com relação a coisas, bens direitos e encargos. Somente no direito sucessório cabe falar de herança, o que, não se confunde com sucessão, que é o ato de suceder, ate porque sucessão pode ocorrer também *inter vivos*.

Para Diniz (2010, p. 04):

O direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou de testamento (CC, art 1786). Consiste, portanto, no complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão de bens ou valores e dívidas do falecido, ou seja, a transmissão do ativo e do passivo do *de cuius* ao herdeiro.

O desejo humano de transcender para além da existência física encontra respaldo e respostas nas religiões, que, indistintamente, prometem a continuação da vida em outros planos espirituais.

Para Dias (2010, p. 23):

A ideia de perenidade da vida está muito ligada à questão sucessória, que se afirma como complemento natural à perpetuação da família. A continuidade da vida implica logicamente continuidade do gozo dos bens necessários à existência e ao desenvolvimento do indivíduo. E a mesma cadeia ininterrupta que une as gerações constitui o nexo sucessório civil.

Nas sociedades capitalistas o direito sucessório nasce como um reconhecimento natural da propriedade privada. Está relacionado à perpetuação do culto familiar que advém desde a antiguidade, bem como surge da ideia de propriedade.

A permanência do patrimônio no seio familiar é uma eficiente forma de perpetuação da propriedade privada, haja vista que todos os seus membros defendem os bens comuns.

Fundamentos de origem biológica e antropológica relacionados à hereditariedade são chamados para justificar a transmissão hereditária de bens. Os descendentes herdaram dos ascendentes não apenas os aspectos físicos, mas, também, as particularidades familiares a fim de assegurar a possibilidade de transmissão patrimonial às pessoas que lhes são valiosas e mantêm acesa a chama do trabalho e da economia, o que não ocorreria diante do sentimento de esforço inútil em razão da impossibilidade de sucessão patrimonial.

No entanto, a solidariedade humana não se limita somente no espaço, ela, obrigatoriamente, deve abranger o tempo, tornando-se este o fundamento social da transmissão das obrigações pós morte. Todavia, além do aspecto social, há ainda o fundamento jurídico de impossibilitar que a morte converta o patrimônio de uma pessoa em *res derelicta*. Assim, o patrimônio anteriormente individual se torna uma universalidade, ou seja, um conjunto indivisível de direitos que é transmitido ao sucessor sem perder a sua unidade.

Apropriando-se do sentimento de zelo despertado pelo amor entre os familiares, a norma legal instituiu os princípios da solidariedade e assistência na esfera familiar. Desta forma, a lei não permite que os membros se desamparem, sendo a solidariedade familiar atribuição de dever de cuidado entre os parentes.

Tamanha a força dos referidos princípios na esfera familiar que sequer após o óbito as pessoas com as quais se tinham obrigações de sustento e assistência poderão ficar desamparadas. Por tal motivo, a lei fixou a figura do herdeiro necessário, que está relacionada àqueles com os quais se tem o dever de alimentar, sendo tão intensa a responsabilidade familiar que o autor da herança não pode dispor de todo o seu patrimônio a terceiros se houver herdeiros desta natureza, haja vista que a eles deve-se a obrigação de sustento.

3.1.1 Aspectos históricos e conceituação

O direito das sucessões origina-se em tempos remotos, reportando-se à época em que o homem deixou de ser nômade e começou a amearhar patrimônio. Assim, os bens anteriormente comuns passaram a pertencer apenas àquele que os conquistou.

Com a estruturação da sociedade em famílias surgiu a propriedade privada, passando cada núcleo familiar a possuir seu patrimônio e sua religião, modificando, desta feita, o costume de não se partilhar os direitos patrimoniais em razão de não pertencerem à sociedade familiar.

Em Roma, o patrimônio era de propriedade única do *pater familiae* e era transmitido de um para o outro através de testamento, haja vista a necessidade de sua manutenção mesmo após a morte do proprietário.

Sob a ótica religiosa, o óbito de uma pessoa sem sucessor gerava a extinção do culto doméstico, o que, conseqüentemente, trazia dor e sofrimento ao falecido, razão pela qual a figura do herdeiro tornou-se tão importante para a sociedade em razão de manter acesa a religião familiar.

Neste contexto, a adoção teve papel de destaque na sociedade romana, eis que diante da impossibilidade de possuir um herdeiro biológico, a adoção carregava consigo a chance de permanência religiosa.

Historicamente a sucessão sempre ocorreu na linha masculina em razão do entendimento de que a filha não daria seguimento ao culto familiar, pois, ao se casar adotaria a religião do cônjuge, tanto que na Idade Média operava-se o direito de primogenitura, através do qual a sucessão destinava-se ao filho mais velho a fim de evitar a divisão dos feudos.

Em Roma criou-se o testamento. Tornando-se o direito de dispor de seu patrimônio por ato de ultima vontade uma clara evolução do individualismo, à medida que a pessoa se afirmava perante os familiares.

Como oposição ao regime vigente à época do feudalismo, no qual, com a morte do servo, o senhor feudal assumia o direito à herança e o legítimo herdeiro somente poderia reavê-la mediante o pagamento de caros impostos. Visando elidir tal violação aos direitos sucessórios, os franceses instituíram o denominado *princípio de saisine* que assegurou aos herdeiros, independentemente da classe sucessória, a imediata transmissão da posse de todos os bens deixados pelo autor da herança a

partir do momento do falecimento, podendo os mesmos se utilizar dos meios judiciais cabíveis em caso de esbulho ou turbação.

No Brasil, reproduzindo o modelo da sociedade do início do século XX, o Código Civil de 1916 reconhecia como família apenas aquelas constituídas a partir do casamento, que tinha caráter indissolúvel.

Assim, para assegurar a estrutura familiar e a integridade do patrimônio não se admitia o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, os quais eram nominados de ilegítimos e, conseqüentemente, não tinham direitos sucessórios.

Tal situação somente foi abolida com o advento da Constituição Federal de 1988, que em seu texto banuiu todo e qualquer tratamento discriminatório relativo à filiação e garantiu a todos os filhos o direito a sucessão de seus ascendentes.

Segundo Dias (2010, p. 26)

A consagração constitucional do princípio da igualdade na filiação gerou sérias controvérsias. Na adoção de maiores de idade, só existiam direitos sucessórios se o adotante não tivesse prole biológica. Advindo filhos depois da adoção, o adotado recebia metade do quinhão a que fazia jus o sucessor "legítimo". Depois do advento da Carta Magna, esta regra foi reconhecida como inconstitucional, passando a Justiça a assegurar direitos sucessórios iguais, mesmo que a adoção tenha ocorrido antes da nova ordem jurídica. Aberta a sucessão depois da vigência da Constituição, foi garantido a todos os filhos – até aos adotivos- quinhões iguais, havendo ou não filhos outros nascidos antes ou depois da adoção.

O viés protecionista à família matrimonial no Código Civil de 1916 era tão evidente que eram vedados direitos aos integrantes de relações extramatrimoniais ainda que os mesmos fossem solteiros ou separados e mesmo que tivessem filhos o concubinato não era reconhecido como família e o parceiro supérstite não tinha direitos à herança por ele deixada.

Tal situação também só foi modificada com o advento da Constituição Federal de 1988 que reconheceu, conforme dito em capítulos anteriores, a união estável como entidade familiar e seis anos após, com a publicação da Lei 8.971/94, foi assegurado expressamente o direito sucessório ao companheiro.

Diante da necessidade de acompanhar a evolução social, a legislação foi alterada para atender os novos conceitos e demandas da sociedade contemporânea, publicando-se no ano de 2002 a Lei 10.406 que alterou dispositivos do Código Civil de 1916.

No entanto, o Código Civil de 2002 não apresentou qualquer inovação em relação ao direito sucessório, haja vista que as disposições descritas no atual Diploma são idênticas às apresentadas sob a égide do Código Civil de 1916 e, desta forma, a lei civil manteve injustificáveis distinções entre casamento e união estável ao deixar de reconhecer os direitos sucessórios dos cônjuges aos companheiros.

No Código Civil de 2002 a união estável encontra previsão apenas no artigo 1.790, tendo o companheiro sido inserido em último lugar na ordem de vocação hereditária, após os parentes colaterais, enquanto o cônjuge, além de figurar em terceiro lugar na linha sucessória, após apenas dos ascendentes e descendentes do *de cuius*, e ainda foi reconhecido como herdeiro necessário. Neste mesmo sentido, o cônjuge recebeu novos privilégios nas questões relacionadas à concorrência sucessória, eis que passou a participar em quotas superiores ao companheiro, da partilha dos bens particulares do *de cuius*, ou seja, aqueles constituídos antes do casamento ou da união estável.

Para Dias (2010, p. 27) “Todas estas odiosas diferenças são de escancarada inconstitucionalidade”.

Assim, apesar da evolução social e constitucional quanto ao reconhecimento da união estável como entidade familiar, o legislador infraconstitucional pecou ao manter-se vinculado às normas elencadas no Código Civil de 1916 em manifesto retrocesso legal, que não vem sendo admitido pela doutrina e jurisprudências de vanguarda.

3.2 A constitucionalização do direito sucessório

O direito sucessório, conforme descrito anteriormente, possui três objetivos principais, quais sejam: a perpetuidade do patrimônio na família do *de cuius*, a demonstração do apreço do sucedido pelo herdeiro e a continuidade das relações jurídicas provindas do autor da herança.

A solução apresentada pelo legislador civil de manutenção do patrimônio do *de cuius* no seio familiar objetiva permitir à família enlutada a persecução dos propósitos para os quais tal patrimônio foi constituído.

Com a constitucionalização do Direito Civil, as normas e princípios constitucionais passaram a regular a esfera privada das matérias jurídicas, como no caso, a sucessão e os direitos dos herdeiros.

O princípio constitucional de maior destaque na esfera das sucessões refere-se à dignidade da pessoa humana, responsável por orientar a fixação dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas previstas na Constituição Federal nas diversas esferas jurídicas.

Na esfera privada, tais direitos e garantias são denominados como direito da personalidade e encontram-se previstos, de forma exemplificativa, no art 5º da Constituição Federal de 1988 e nos artigos 11 a 21 do novo Código Civil.

Para Lisboa (2002, p. 40):

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o fundamento precípua da nossa Constituição Federal de 1988, o qual deve obrigatoriamente ser respeitado em todas as relações jurídicas, sejam elas públicas ou privadas, estando aqui incluídas as relações familiares.

Assim, as relações jurídicas privadas familiares devem sempre se orientar pela proteção da vida e da integridade biopsíquica dos membros da família, consubstanciada no respeito e asseguramento dos seus direitos da personalidade.

Destaca-se que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a família recebeu valorosa proteção e passou a desempenhar sua principal função, através da contemplação do direito posto, que se vincula diretamente ao respeito à dignidade da pessoa humana, através dos impedimentos das formas de preconceito em razão da origem ou da condição, não se permitindo mais a emissão de juízos de valores e vangloriando apenas o juízo de existência.

Neste teor, tem-se que a dignidade da pessoa humana é o bem maior do ordenamento jurídico brasileiro eis que fora introduzido na Carta Magna de 1988 como cláusula pétrea e se tornou um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do seu inciso III do artigo 3º, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III- a dignidade da pessoa humana;

Assim, cabe aos legisladores infraconstitucionais a criação de mecanismos protetivos com o objetivo de impedir a ocorrência de qualquer tipo de infração a tal preceito fundamental.

Ademais, indiscutível que todos os princípios constitucionais visam proteger a dignidade da pessoa humana, eis que hipótese em contrário estaria violando fundamento basilar da República Brasileira, principalmente, na seara do Direito de Família.

Desta forma, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana deve reger todas as relações jurídicas normatizadas pela legislação infraconstitucional, principalmente no direito de família, eis que se constitui um ramo do direito civil com características peculiares e orientado por elevados interesses morais e bem estar social.

3.3 Conceito e classificação dos herdeiros

A norma jurídica brasileira utiliza diversas denominações ao se referir aos beneficiários das heranças, sendo o mais comum o vocábulo herdeiro.

Para Lisboa (2009, p. 288) herdeiro é “o sujeito que sucede a título universal ou singular”.

Diante de tal conceito, a classificação dos herdeiros dependerá inicialmente se a sucessão será legítima, destinada aos familiares do *de cuius*, ou testamentária, destinada àquelas pessoas indicadas pelo autor da herança através do testamento.

Nesta classificação, o herdeiro pode ser legítimo ou testamentário. Permitindo o Código Civil de 2002 que os herdeiros legítimos também sejam testamentários, hipótese esta que ocorrerá quando o *de cuius* beneficiar um de seus herdeiros legítimos com quotas testamentárias.

Sobre o tema, Lisboa (2009, p. 228) apresenta tal conceituação nos seguintes termos:

Herdeiro legítimo é aquele que sucede na posse e no domínio dos bens deixados pelo *de cuius*, em virtude de dispositivo legal que o qualifica como tal.

Herdeiro testamentário é aquele que sucede na posse e no domínio dos bens deixados pelo *de cuius*, graças a manifestação unilateral de última vontade daquele que é autor do testamento.

Dentro de tal premissa há ainda uma segunda classificação de herdeiros, vinculada à sucessão legítima e correspondente aqueles invocados pela vocação hereditária, que nas palavras de Rodrigues (1984, p. 78) “é uma relação

preferencial, estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder o finado”.

Nestes termos, o artigo 1.829 do Código Civil estabelece a seguinte ordem de vocação hereditária:

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;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Assim, a ordem vocacional prevista pelo Diploma Civil visa distribuir os herdeiros legítimos em classes preferenciais, baseadas nos laços de consanguinidade, haja vista que na sucessão legítima os sucessores são chamados de acordo com a referida ordem legal, de maneira que uma classe somente será convocada à sucessão quando faltarem herdeiros da classe precedente.

Na referida ordem sucessória, os ascendentes, descendentes e cônjuge são considerados herdeiros necessários, ou seja, possuem a preferência na herança e não concorrem com os denominados herdeiros facultativos ou colaterais, que correspondem aos parentes em linha colateral até o 4º grau.

Nas hipóteses de sucessão mista, existentes quando o autor da herança deixar testamento, apesar de possuir herdeiros necessários, o testador somente pode dispor de 50% do seu patrimônio, haja vista que a outra metade deve assegurar o direito à herança dos referidos herdeiros. Assim, havendo herdeiros necessários a herança somente poderá ser direcionada aos colaterais se houver disposição testamentária expressa neste sentido.

A norma jurídica ao fixar a aludida ordem de vocação hereditária inspirou-se na vontade presumida do *de cujus* de deixar seu patrimônio aos descendentes, ou na ausência destes, aos ascendentes, sem olvidar, em ambos os casos, a concorrência do cônjuge supérstite e, na ausência de das duas primeiras classes hereditárias, caberá ao cônjuge sobrevivente a totalidade da herança, jamais concorrendo com os colaterais.

Nota-se que apesar do destacado reconhecimento da união estável como entidade familiar, o legislador infra constitucional não relacionou o companheiro

como herdeiro necessário na ordem de vocação hereditária, destinando ao mesmo um formato de partilha diversa daquela estabelecida ao cônjuge.

3.4 A sucessão dos cônjuges

No limiar do século XXI vem a lume o novo Código Civil, fruto de longo processo legislativo que, pode-se afirmar, iniciou há mais de cento e cinquenta anos, haja vista se tratar de uma revisão do Código Civil de 1916.

O Código Civil de 2002 inovou consideravelmente a matéria pertinente à sucessão do cônjuge e do companheiro, sendo tais alterações as mais significativas, no referido Diploma Legal, quanto ao direito sucessório.

A primeira alteração significativa quanto à sucessão do cônjuge foi a sua inclusão como herdeiro em conjunto com as duas primeiras classes hereditárias, em concorrência, portanto, com ascendentes e descendentes, conforme estabelecido no inciso I, do artigo 1.829 do Código Civil, *in verbis*:

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.

A referida disposição substitui o usufruto vidual, o qual consiste no recebimento da herança a título de usufruto pelo cônjuge nos termos do §1º do artigo 1.611 do Código Civil, e com consideráveis vantagens eis que a partir de então o cônjuge tem não apenas o usufruto, mas direito à parte da herança.

Todavia, a referida ordem de vocação hereditária é passível de alteração nos termos do inciso XXXI da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art 5º (...).
(...)
XXXI- a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*.

Assim, se a lei do *de cuius* não prevê, como a norma brasileira, a concorrência do cônjuge com os filhos, tendo o *de cuius* filho brasileiro e cônjuge de outra nacionalidade, o supérstite nada herdará, atendendo-se à lei pessoal do *de*

cujus em favor dos filhos brasileiros. Todavia, sendo brasileiro o cônjuge do falecido sem que haja filhos brasileiros, e determinando a sua lei pessoal quota hereditária em favor do cônjuge maior do que a lei brasileira, prevalecerá a lei pessoa do extinto em detrimento de filhos estrangeiros ou de ascendentes, em favorecimento ao cônjuge brasileiro.

Assim, após as alterações legais que instituíram o cônjuge como concorrente dos ascendentes e descendentes o mesmo passou, nos bens particulares do *de cuius*, a herdar em conjunto com aqueles, salvo se casado no regime da comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória de bens, ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não tiver bens particulares.

Nos termos do artigo 1.832 do Código Civil de 2002, caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça. Isto se aplica, especialmente, aos casos em que os descendentes não tenham o mesmo grau de parentesco, operando-se a sucessão por direito de representação e a partilha por estirpe. O legislador garantiu ao cônjuge condição semelhante do descendente que herda em grau mais próximo.

Nesta mesma linha de vantagens ao cônjuge, sua quota parte não pode ser inferior a quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer, hipótese esta denominada “ piso de herança ” por Nicolau (2004). Nestes termos se houver mais de três descendentes concorrendo por cabeça, não haverá igualdade entre quinhões eis que o cônjuge herdará a quarta parte e as remanescentes serão partilhadas por cabeça entre os descendentes.

Entretanto, na concorrência com filhos exclusivos do *de cuius*, ainda que em concorrência com descendentes comuns, sua quota será sempre igual à deles, não havendo nestes casos a reserva mínima de um quarto da herança.

Em caso de renúncia da herança pelo cônjuge, alguns doutrinadores, como Leite e Dantas Júnior, entendem que quota que lhes cabia dever ser acrescida à do cônjuge, pois alegam que ambos os herdeiros encontram-se na mesma classe sucessória, invocando, desta forma, as disposições descritas no artigo 1.810 do Código Civil de 2002, que assim estabelece: “ Na sucessão legítima, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da mesma classe e, sendo ele o único desta, devolve-se aos da subsequente ”.

Em relação à concorrência com os ascendentes do *de cujus* não há distinção legal quanto ao regime de bens do casamento, pois em todos os regimes patrimoniais o cônjuge tem direito na sucessão.

Nos termos do artigo 1.837 do Código Civil concorrendo com ascendentes em primeiro grau, ao cônjuge caberá um terço da herança. Contudo, se houver apenas um ascendente lhe caberá a metade do patrimônio a ser partilhado.

Na ausência de descendente ou ascendente, o cônjuge receberá a integralidade da herança, nos mesmos moldes como previsto no Código Civil de 1916, ou seja, o cônjuge é mantido isolado no terceiro grau de vocação hereditária, para as situações em que não houver ascendentes ou descendentes do *de cujus*.

No entanto, tal exclusividade do cônjuge é mais aparente que real, eis que existe nas palavras de Carvalho Neto (2007, p. 137) “uma zona de conflito entre o cônjuge e o companheiro”. Assim, admitindo-se a constitucionalidade da disposição descrita no artigo 1.723, § 1º do Código Civil de 2002 que estabelece a impossibilidade de constituição da união estável quando estiverem presentes os impedimentos matrimoniais previstos no artigo 1.521 do mesmo Diploma Legal, com exceção para as pessoas casadas que estiverem separadas de fato há mais de dois anos, será possível a concorrência, na mesma sucessão, de cônjuge e companheiro do autor da herança, por estar este, ao tempo da morte separado de fato de seu cônjuge e vivendo em união estável com outra pessoa.

Outro benefício concedido ao cônjuge em caso de sucessão do seu par, independentemente do regime patrimonial de bens, manteve o atual Diploma Civil o direito real de habitação sobre o imóvel residencial destinado à moradia familiar nos termos do artigo 1.831 do Código Civil de 2002 que repetiu disposição idêntica elencada no Código anterior, contudo, com algumas alterações como a exigência de permanecer viúvo, previsão esta criticada por doutrinadores como Carvalho Neto (2007, p. 146) que assevera: “É inconveniente que o imóvel permaneça gravado, onerando o herdeiro em benefício do cônjuge que já se casou de novo e, que, provavelmente, não necessita mais do benefício”.

Assim, conforme discorrido em linhas anteriores, o legislador brasileiro não escondeu a sua preferência pelas famílias matrimoniais, tanto que confere aos cônjuges inúmeros benefícios em caso de sucessão, os quais não são deferidos integralmente aos companheiros.

Outra alteração significativa apresentada pelo Código Civil de 2002, referente à sucessão do cônjuge foi a sua inclusão no rol dos herdeiros necessários, independentemente do regime patrimonial.

Tal inovação foi de suma relevância para o Direito das Sucessões eis que a partir de então, o cônjuge não pode ser afastado do recebimento da herança por mero capricho do *de cuius*, simplesmente testando em favor de terceiro, somente podendo ser afastado da sucessão em caso de deserdação.

Para Hironaka (2014, p. 167) esta regra é

mero colorário da inclusão do cônjuge em todas as classes preferenciais, em concorrência com descendentes e ascendentes e seria ilógico fazer do sobrevivente herdeiro preferencial, concorrente dos necessários e, ao mesmo tempo, negar-lhe tal condição.

Segundo Dantas Júnior (2004, p. 526) “seria consequência da alteração do regime legal de bens pela Lei do Divorcio para o de comunhão parcial, como forma de compensação do cônjuge pela perda da comunhão universal”.

No direito brasileiro, a quota legítima dos herdeiros necessários é sempre de cinquenta por cento, independentemente do número de sucessores de mesma qualificação ou grau de proximidade deles com o *de cuius*.

Assim, torna-se visível o avanço do Código Civil em relação à sucessão do cônjuge, elevando o usufruto viual à condição de direito hereditário e o cônjuge à condição de herdeiro necessário, hipóteses estas que não foram estendidas aos companheiros, conforme se apresentará no tópico subsequente.

3.5 A sucessão dos companheiros

Quanto à sucessão do companheiro, observou-se que somente em 1994, através da publicação da Lei 8.971/94 houve o reconhecimento do direito do convivente à herança, haja vista que o Código Civil de 1916 e outras leis esparsas antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 nada traziam sobre o tema

Tal norma decorreu do Projeto de Lei 37, de 1992, do Senado Federal, proposto pelo Senador Nelson Carneiro e seus artigos 1º e 2º previam:

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de

julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

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

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

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

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

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

Complementando tal disposição, o artigo 7º, parágrafo único da Lei 9.278/1996 concedia ao companheiro o direito real de habitação, também, em condições muito parecidas com as do cônjuge, estabelecendo aí a igualdade de tratamento entre cônjuges e companheiros, haja vista que à época o Código Civil de 1916 atribuía ao cônjuge certos direitos na esfera sucessória.

À semelhança do cônjuge, o companheiro também não era herdeiro necessário, tendo o Superior Tribunal de Justiça reafirmado tal entendimento ao decidir:

Civil. Testamento. Se não houver herdeiros necessários (ascendentes e descendentes), o companheiro pode, em testamento, dispor livremente de seus bens; a companheira só tem direito de reclamar meação, não o direito que resultaria da condição de herdeira. (STJ. 3ª Turma. Recurso Especial 191.393-SP- Relator Min. Waldemar Zveiter. Diário da Justiça 29.10.2001, p. 201.)

Ressalte-se que reconhecendo direitos sucessórios aos companheiros, as Leis 8.971/94 e 9.278/96 em nenhum momento exigiram esforço comum para que herdassem, ou seja, assim como ao cônjuge, o direito sucessório foi reconhecido ao companheiro independentemente de sua participação efetiva na aquisição do patrimônio, ao contrário do que ocorria com a meação.

Com a publicação do Código Civil de 2002, tal como em relação ao cônjuge, a sucessão do companheiro sofreu profundas alterações, umas positivas, como as que seguiram a sucessão do cônjuge, e outras negativas, consideradas “verdadeiro retrocesso” pela doutrina, conforme descrito por Carvalho Neto (2007, p. 182).

A primeira crítica surgida em relação à sucessão dos companheiros, segundo Hironaka (2014, p. 178) vincula-se ao tratamento distinto da matéria eis que “não

havia razão para diferenciar cônjuges e companheiros em matéria sucessória, sobretudo porque a igualdade já tinha sido alcançada anteriormente”.

A segunda crítica, apresentada por Carvalho Neto (2007, p. 196), é quanto ao local em que foi tratada, haja vista que o artigo 1.790, que versa sobre a sucessão na união estável, encontra-se inserido no Capítulo I (disposições gerais) do Título I (da sucessão em geral), fora, portanto, do Capítulo referente à ordem de vocação hereditária (Capítulo I do Título II) e, sobretudo, distanciado da sucessão do cônjuge, que nas palavras do referido autor é “absolutamente injustificável”.

Neste aspecto, o artigo 1.790 do Diploma Civil de 2002 limita a sucessão aos bens adquiridos na vigência da união estável, situação esta que apresenta clara confusão do legislador quanto à sucessão e meação, eis que segundo tal norma, não tendo o autor da herança deixado outros herdeiros necessários, o companheiro somente poderá recolher os bens adquiridos na vigência da união estável a título oneroso, e os demais bens serão partilhados entre os herdeiros colaterais, e, ainda na hipótese de não haver outros herdeiros sucessíveis, o patrimônio que foi adquirido sob tais condições (a título oneroso e na vigência da união estável) será considerado vacante e passarão ao domínio da Fazenda Pública Municipal.

Não obstante a confusão acima destacada prevalece ainda a distinção entre os formatos de partilha entre cônjuges e companheiros, apesar do artigo 1.725 do Código Civil de 2002 estabelecer de forma clara o regime de bens na união estável.

Nesta linha de entendimento, Santos (2003, p. 198) apresenta claro exemplo das distinções acima fixadas:

Basta imaginar a situação de um casal, que conviva há mais de 20 anos, residindo em imóvel de propriedade do varão, adquirido antes do início da relação, e não existindo descendentes, ascendentes ou colaterais. Vindo a falecer o proprietário do bem, a companheira não terá direito à meação e nada herdará. Assim, não lhe sendo mais reconhecido o direito real de habitação nem o usufruto, restar-lhe-á o caminho do asilo, enquanto o imóvel ficará como herança jacente, tocado ao ente público.

De acordo com as disposições do inciso I do artigo 1.790 do atual Diploma Civil, havendo concorrência entre companheiros e descendentes comuns, aquele terá direito a uma quota equivalente à de cada um deste. Nestes termos, a herança, excluída a meação será dividida em tantas partes quantos sejam os descendentes comuns, situação esta que se apresenta claramente diversa daquela apresentada ao cônjuge sobre o mesmo regime de bens, eis que àquele caberá a reserva de quarta

parte da herança e os demais herdeiros partilharão em quotas iguais o remanescente.

Pelas disposições do inciso II do referido dispositivo legal, se o companheiro concorrer com descendentes exclusivos do autor da herança, lhe caberá a metade do que couber a cada um daqueles, hipótese esta que novamente se distancia daquela apresentada ao cônjuge, pois em situação análoga este receberia quota igual à da referida classe de descendentes.

Pela redação do inciso III do artigo supracitado, caso o *de cujus* não tenha deixado descendentes ou ascendentes, o companheiro concorrerá com outros parentes sucessíveis, quais sejam, os colaterais, e terá direito apenas a um terço da herança, tornando-se mais uma injustificável redução dos direitos hereditários do convivente, pois em situação idêntica, ao cônjuge caberia a integralidade do patrimônio.

Ademais, se o companheiro concorre com apenas um ascendente do *de cujus* perceberá o equivalente a um terço da herança, enquanto se casado fosse receberia a metade dos bens.

Nesta esteira, o companheiro somente recebe a integralidade da herança, referente aos bens adquiridos a título oneroso na vigência da união, se o *de cujus* não tiver deixado ascendentes, descendentes ou colaterais, enquanto o cônjuge na ausência de ascendentes e descendentes perceberá a integralidade do acervo independentemente de ter sido constituído de forma onerosa na vigência do matrimônio.

Na lição de Guimarães (2003, p. 53):

O artigo 1.790 do NCC, ao explicitar as regras sucessórias daqueles que vivem em união estável, vinculou todos os quatro incisos, sistematicamente, ao conteúdo de seu comando central, o *caput* restringe, assim, a entrega do monte hereditário aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência.

Desta forma, a herança será parcialmente vacante se, mesmo havendo companheiro, não tiver o *de cujus* deixado outros herdeiros, deixando, contudo, bens anteriores à união ou adquiridos a título gratuito.

Quanto à manutenção do direito real de habitação do companheiro, estabelecido no artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96 e não repetido pelo Código Civil de 2002, embora tenham os cônjuges o mesmo direito, previsto no artigo 1.831 do referido Diploma Legal, o mesmo é silente quanto aos companheiros,

e não tendo ocorrido a revogação expressa daquele dispositivo, doutrinadores como Dantes Júnior, Dias, Hironaka, Leite, Veloso e Venosa defendem a sua manutenção.

Noutra linha, o Código Civil de 2002 não arrolou o companheiro como herdeiro necessário, o que se trata de mais um prejuízo em relação ao cônjuge, e, por tal motivo, o convivente pode ser afastado do recebimento integral da herança por ato de última vontade do *de cuius*, sem a necessidade de qualquer justificação, assim como ocorre com os colaterais.

Acerca da sucessão dos companheiros a crítica da doutrina é veemente e Guimarães (2003, p. 53) chega a falar em inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 por ofensa ao princípio constitucional da isonomia dentro do núcleo familiar e por enriquecimento ilícito do Estado.

Semelhante entendimento é o professado por Dantas Júnior (2004, p. 539) que manifesta sobre a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal por tratar o companheiro como “membro de uma família de segunda categoria”.

Para Veloso (2002, p. 284): “não há quem possa em sã consciência, defender ou sustentar esta decisão legal, que chega às raias do absurdo. O artigo 1.790 do CC é um dispositivo cruel e inconsequente”.

Assim, seja por descuido ou por preconceito do legislador infraconstitucional, a Lei 10.406/02 apesar de publicada quatorze anos após o reconhecimento da união estável como entidade familiar e sua equiparação ao casamento, apresentou formas manifestamente diversas de sucessão entre cônjuges e companheiros, as quais não foram admitidas pela doutrina de vanguarda que se manifestou claramente contrária à suas disposições, arguindo em suas manifestações a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

3.6 A inconstitucionalidade da sucessão do companheiro

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve significativa ampliação dos direitos e garantia às relações familiares, deixando de vincular-se apenas àqueles outorgados pelas normas infraconstitucionais e se elevaram à esfera constitucional, trazendo consigo a denominada “constitucionalização do direito civil”.

Desta forma, o artigo 226, § 3º da Carta Magna reconheceu a união estável como entidade familiar, nos termos já apresentados anteriormente. Assim, diante

desta nova realidade constitucional, os direitos do cônjuge e companheiro passaram a ser interpretados sob a égide dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade.

Por força do novo texto constitucional solidificou-se o princípio da pluralidade das entidades familiares, apresentando como parâmetro para reconhecimento da unidade familiar a mera existência de convívio afetivo.

Tem-se como igualitárias as diversas modalidades de família em razão da Constituição Federal de 1988 ter garantido tratamento uniforme entre as mesmas, independentemente se originárias do matrimônio ou não, ao contrário do que ocorria anteriormente.

A liberdade também é fruto do reconhecimento constitucional dos diversos tipos de famílias, e desta forma, permite aos seus membros a escolha pela forma através da qual se organizarão, deixando de se impor a constituição familiar apenas em decorrência do casamento.

Nesta seara, tem-se, ainda, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, fato este que coloca o ser humano como referencia central para organização da Nação e como bem fundamenta Carvalho Neto (2007, p. 296) “este princípio não se refere exclusivamente a um direito de proteção individual, mas também, a um dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes”.

Desta forma, o referido princípio constitucional reafirma o reconhecimento igualitário das diversas formas de constituição familiar, razão pela qual deixou de ser admitido tratamentos discriminatórios àqueles que formaram seus núcleos fora da esfera matrimonial.

Antes da vigência do novo Código Civil Brasileiro vigiam as Leis 8.971/94 e 9.278/96 que tratavam dos direitos patrimoniais e sucessórios dos companheiros.

A lei 8.971/94 regulamentou o direito aos alimentos à companheira ou companheiro, como também a questão sucessória dos conviventes. Esta foi a primeira proteção ao companheiro supérstite, assegurando o seu direito de participar da sucessão aberta, como usufrutuário ou como herdeiro, aparecendo em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária ao lado dos cônjuges. Percebe-se, portanto, que em 1994 o cônjuge supérstite possuía o *status* de herdeiro necessário.

A Lei 9.278/96 fixou a igualdade de direitos e deveres entre os companheiros, outorgando aos mesmos o direito real de habitação relativamente ao imóvel

destinado à residência familiar, por força do vínculo afetivo construído naquele lar pelo casal que anteriormente o habitava.

Entretanto, as referidas normas não previam a verdadeira igualdade que deveria existir em comparação ao cônjuge supérstite, haja vista que os direitos nelas assegurados são os mínimos concedidos aos cônjuges sobreviventes.

Todavia, apesar da reduzida garantia de direitos previstos na Lei 8.971/94 aplicava-se a regra que deveria ter sido seguida pelo Código Civil de 2002 quanto à sucessão do companheiro, visto que o seu artigo 2º, III o inseria em patamar privilegiado excluindo sua concorrência com os herdeiros colaterais.

Nesta ótica, diante da constitucionalização do direito civil, principalmente nas áreas do Direito de Família e Sucessões, a sucessão do companheiro não pode ser analisada apenas sob a luz das normas conservadoras do Direito Civil, mas, sim, mediante uma interpretação sistemática, mediante a verificação dos princípios fundamentais e das particularidades de cada caso concreto.

No entanto, as divergências relativas ao tema ainda são pequenas, dividindo-se os entendimentos em três correntes teóricas.

A primeira, da qual se filia o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves (BRASIL, 2009), entende que o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 é constitucional por analisar que não houve equiparação do casamento com a união estável, razão pela qual seria possível o tratamento diferenciado entre tais institutos pelas normas infraconstitucionais, sem que tal hipótese violasse o princípio da igualdade. Nestes termos, para os seguidores de tal corrente, torna-se legítima a aplicação literal da norma contida no referido dispositivo legal de forma a privilegiar os colaterais em detrimento dos companheiros.

Sendo assim, para esta corrente, deve-se aplicar literalmente a norma contida no artigo 1.790 do Código Civil e, dessa forma, privilegiar os colaterais em detrimento do companheiro.

Entretanto, o cerne da discussão não se encontra relacionado apenas à equiparação da união estável ao casamento, mas, também no fato do legislador infraconstitucional ter desprezado os direitos fundamentais assegurados na Constituição Republicana.

A segunda corrente, da qual se filia Dantes Júnior, Dias, Hironaka, dentre outros, defende a inconstitucionalidade de toda a regra descrita no artigo 1.790 do

Código Civil, por outorgar direitos sucessórios inferiores ao companheiro, em relação ao cônjuge e, por conseguinte, ferir direitos constitucionais fundamentais.

Por fim, a terceira corrente, reconhece a inconstitucionalidade apenas do inciso III do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, por se mostrar desproporcional quanto ao tratamento igualitário dado entre união estável e casamento pela Constituição Federal de 1988.

Seguindo tal entendimento, alguns Tribunais de Justiça Pátrios vêm manifestando no sentido da impossibilidade de aplicação das normas elencadas no artigo 1.790 do Código Civil de 2002, ou, até mesmo pela inconstitucionalidade do referido dispositivo, eis que o formato de partilha fixado ao companheiro de forma inferior àquela estabelecida ao cônjuge fere princípios constitucionais fundamentais.

Por força da polêmica acerca do tema, Magistrados das Varas de Família e Sucessões do Estado de São Paulo reuniram-se em novembro de 2006, para deliberar regras, através de enunciados, com o objetivo de direcionar as decisões nesta esfera.

No referido encontro, foram formulados enunciados nº 49 e 50, que reconhecem expressamente a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e decidem pela utilização das mesmas regras aplicadas ao cônjuge, na sucessão do companheiro, *in verbis*:

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

50. Ante a inconstitucionalidade do art. 1.790, a sucessão do companheiro deve observar a mesma disciplina da sucessão legítima do cônjuge, com os mesmos direitos e limitações, de modo que o companheiro, na concorrência com descendentes, herda nos bens particulares, não nos quais tem meação.

Seguindo tal entendimento, a oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. PARENTES COLATERAIS. EXCLUSÃO DOS IRMÃOS DA SUCESSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1790, INC. III, DO CC/02. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 480 DO CPC. Não se aplica a regra contida no art. 1790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios

constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, §3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade argüido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC. Incidente rejeitado, por maioria. Recurso desprovido, por maioria. (TJRS. Agravo de Instrumento 70017169335. Desembargador Relator José Ataídes Siqueira Trindade. Oitava câmara cível. J. 08/03/2007, D.J. 13/03/2007).

Ao fundamentar seu voto, o relator asseverou:

Assim, rogando a mais respeitosa vênua aos que pensam de modo diverso, entendo que a regra contida no art. 1790, inc. III se apresenta absolutamente inconstitucional porque atenta contra o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana insculpido no art. 1º, inc. III, da CF, bem como contra o direito de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento.

Nesta seara, o tema em questão obteve significativo avanço no Estado de Sergipe, no ano de 2011, diante da realização de controle de constitucionalidade difuso, através do incidente de inconstitucionalidade nº 0008/2010, que declarou, por unanimidade, a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

Entendimento este que restou ementado nos seguintes termos:

Constitucional e Civil - Ação Declaratória - União Estável - Direito Sucessório do Companheiro - Incidente de Inconstitucionalidade nº 0008/2010 - Art. 1.790 do Código Civil de 2002 - Ofensa aos Princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana - Art. 226, § 3º da CF/1988 - Equiparação entre Companheiro e Cônjuge - Violação - Inconstitucionalidade Declarada - Aplicação dos Arts. 1.829, III e 1.838 do CC/2002 - Direito de a Companheira Herdar a Integralidade dos Bens do Falecido na Ausência de Ascendentes e Descendentes - Sentença Mantida. I - Verificando que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, que dispõe sobre o direito sucessório do companheiro sobrevivente, ignora a equiparação da união estável ao casamento prevista no art. 226, § 3º da CF, configurada está a ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade humana; II - Tendo sido declarada a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil de 2002 através do Incidente de Inconstitucionalidade nº 0008/2010, a questão relativa à sucessão na união estável e a consequente distribuição dos bens deixados pelo companheiro falecido deve ser regida pelas regras atinentes à sucessão entre os cônjuges, conforme dispõem os arts. 1.829, III e 1.838 do Código Civil de 2002; III - Recurso conhecido e desprovido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 2010202129, EXTINTA - 3ª Vara Privativa de Assistência Judiciária de Aracaju, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DESA. MARILZA MAYNARD SALGADO DE CARVALHO, RELATOR, Julgado em 07/06/2011)

Ao fundamentar seu posicionamento, a Desembargadora relatora Marilza Maynard Salgado de Carvalho esclarece que o mencionado dispositivo legal afronta o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal não apenas ao que se refere à

equiparação da união estável ao casamento, como também à proteção igualitária dada às instituições familiares pela Carta Magna.

Adiante, assevera a ideia de que ambos os institutos se desenvolvem por meio de uma relação afetiva e de dignidade:

[...] Ora, tanto as famílias formadas através da união estável como aquelas constituídas pelo casamento, são semelhantes nos vínculos de afeto, solidariedade, dignidade e respeito, não havendo distinções de ordem patrimonial, razão pela qual não pode haver tratamento legal diferenciado. A diferença entre elas se dá apenas pela maneira de sua constituição, posto que o modo pelo qual o casamento é constituído dá maior segurança jurídica às partes, por ser formal, o que facilita a prova da realização, do regime de bens e da data de início [...].

Desta forma, assegura-se que as distinções entre união estável e casamento não se perfazem através de concessão de direitos privilegiados a um dos institutos em detrimento do outro, mas pela formalidade na sua origem capaz de tornar inteligível a existência da relação, bem como de esclarecer o regime de bens adotado.

Tem-se, portanto, que apesar da defesa de alguns juristas acerca da aplicação literal do artigo 1.790 do Código Civil, a corrente majoritária, da qual coaduna o entendimento apresentado na presente dissertação, filia-se pela inaplicabilidade do inciso III do referido dispositivo, por força da sua brutal desproporção e incompatibilidade com preceitos fundamentais.

Nestes termos, Tartuce (2011, p. 265) afirma que “se a lei não se enquadra no sistema, cabe à doutrina e à jurisprudência ajustá-la ou extirpá-la do sistema jurídico”.

O tema em comento foi objeto de Recurso Especial de protocolo nº 1291636/DF, distribuído à Quarta Turma daquela Corte Superior que suscitou o pronunciamento da Corte Especial, nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. REGIME SUCESSÓRIO. ART. 1.790, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade do art. 1.790, caput, do Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria. (AI no REsp 1291636/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 21/11/2013)

Iniciado o julgamento do referido incidente o feito encontra-se suspenso por força do pedido de vista formulado pela Ministra Nancy Andrighy.

Neste mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, através do plenário virtual da Corte, a repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 878694 que também versa sobre o tema em discussão e combate a decisão colegiada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que mesmo diante da ausência de herdeiros necessários do *de cujus* não reconheceu a companheira supérstite como herdeira universal dos bens por ele deixados.

Remetido os autos à Procuradoria Geral da República, houve a emissão de parecer pelo desprovimento do recurso a fim de manter-se o acórdão objurgado e o feito aguarda julgamento pelo órgão colegiado da Corte Suprema, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 809 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. VALIDADE DOS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE ATRIBUEM DIREITOS SUCESSÓRIOS DISTINTOS AO CONJUGE E AO COMPANHEIRO. 1- Recurso Extraordinário que discute a possível inconstitucionalidade do artigo 1790, III, do Código Civil, que dispõe sobre os direitos sucessórios do companheiro. 2- Arguição de inconstitucionalidade que se baseia na ideia de que não se compatibiliza com o texto constitucional o tratamento diferenciado dispensado pela norma ao companheiro e ao cônjuge sobrevivente para fins de direitos sucessórios. 3- O casamento e a união estável, embora sejam igualmente reconhecidos como núcleos familiares que devem ter especial proteção do Estado, não se equiparam, possuindo assimetrias trazidas pelo próprio texto constitucional. 4- As diferenças estabelecidas entre os regimes de bens, e os regimes sucessórios deles decorrentes, servem aos mais variados interesses pessoais, os quais são regidos pela autonomia de vontade, garantida no Estado Democrático de Direito. 5- Não se mostram incompatíveis com a Constituição Federal as disposições do artigo 1.790, III, do Código Civil que dispensam regime de sucessão ao companheiro diferente do regulado pelo cônjuge. 6- Parecer pelo desprovimento do Recurso Extraordinário.

Desta forma, diante da existência de uma norma infraconstitucional que fere diretamente princípios e fundamentos norteadores de um Estado Democrático de Direito, cabe aos Tribunais repeli-la com o objetivo de evitar dores imensuráveis àqueles por ela atingidos.

Na esfera legislativa, tal poder não detém, em regra, competência para exercer controle de constitucionalidade posterior sobre lei, estando legitimados, apenas a revogá-la.

Por força dos intensos debates acerca do tema, projetos de lei foram apresentados com o intuito de alterar a redação do artigo 1.790 do Código Civil, sendo o primeiro deles em 2002, através do Projeto de Lei nº 6.960 de autoria do deputado federal Ricardo Fiúza, o qual foi arquivado.

Após, o deputado Antônio Biscaia apresentou o Projeto de lei nº 4.944/2005, decorrente dos estudos formalizados pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, o qual também foi arquivado.

No ano de 2007, o deputado federal Léo Alcântara reapresentou o antigo projeto apresentado pelo deputado Ricardo Fiúza, por intermédio do Projeto de Lei nº 276/2007 fixando que na ausência de descendentes e ascendentes do autor da herança, o companheiro receberia a integralidade da herança.

Tal projeto apesar de não apresentar tratamentos diversos entre cônjuges e companheiros, trazia melhorias para o companheiro, em relação aos seus direitos sucessórios.

Em que pese ter sido acolhido pela doutrina, tal projeto foi arquivado em 2011.

Finalmente, no ano de 2007 o deputado Sérgio Barradas Carneiro apresentou o Projeto de Lei nº 508 que não propõe a modificação do artigo 1.790, mas sua revogação e alteração do artigo 1.829 do mesmo Diploma Legal, inserindo o companheiro no rol dos herdeiros necessários.

Tal projeto ainda se encontra em tramitação, e aguarda apreciação pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

Apesar do Supremo Tribunal Federal ainda não ter apreciado o tema em voga, a Suprema Corte reconheceu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, o princípio da vedação do retrocesso, que para o Ministro Sepúlveda Pertence, então relator do feito, impede o legislador de retroceder no aspecto legislativo, ainda que não haja descumprimento constitucional.

Assim, considerando as regras insculpidas nas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 que colocavam o companheiro como herdeiro necessário, o Código Civil de 2002 surgiu como verdadeiro retrocesso legislativo no âmbito sucessório da união estável, haja vista o desequilíbrio entre o cônjuge e o companheiro, anteriormente harmonizado pela Constituição Federal.

Nestes termos, o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil apresenta não apenas a análise do cerne contido no § 3º, do artigo 226 da Carta Magna, mas, sobretudo, uma preservação aos direitos fundamentais do companheiro, bem como da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República Federativa do Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de existir desde a antiguidade, a união estável, constituída sob protestos da sociedade e do legislador que sempre defenderam a família matrimonial, inicialmente recebeu tratamento diverso pelo ordenamento jurídico, tanto que sob a égide do Código Civil de 1916 tal relação era tida como concubinato, fixando as referidas normas diversas restrições aos concubinos com o intuito de ressaltar a primazia do casamento.

As disposições contidas no Código Civil de 1916 restringia a convivência através do concubinato, instituindo diversas proibições entre os pares.

Todavia, os anseios sociais movimentaram e promoveram a evolução do pensamento jurídico da época, e, nesta esteira a legislação previdenciária iniciou o processo de reconhecimento dos direitos dos concubinos, e nesta linha evolutiva, a jurisprudência cível começou a admitir o direito à meação dos bens adquiridos pelo esforço comum.

Entretanto, a Constituição Federal de 1988 trouxe um tratamento igualitário ainda inovador no direito brasileiro em relação aos conviventes em união estável. O pensamento de igualdade e mais tolerante à liberdade e às diferenças assegurou pela redação do artigo 116, § 3º a proteção Estatal àqueles se encontravam sob o regime da união estável, nos moldes já estabelecidos para o casamento.

A partir de então, com o intuito de regular a norma constitucional, sobrevieram as Leis 8.971/94 e 9.278/96.

Neste linear, a Lei 8.971/94 regulamentou os direitos aos alimentos e à sucessão na união estável, almejando o artigo 2º da referida norma outorgar ao companheiro sobrevivente a integralidade da herança quando o *de cujus* não tivesse deixado ascendentes ou descendentes, garantido, ainda o usufruto vidual dos bens enquanto não constituísse nova união ou convolasse núpcias.

Nota-se que mesmo de forma tímida, o legislador tentou proteger a dignidade da pessoa que confiou parte significativa da sua vida a um projeto comum.

Após, sobreveio a Lei 9.278/96 que apesar de não abordar diretamente da matéria sucessória, preocupou-se em trazer algumas vantagens ao vínculo familiar constituído pela união estável, permitindo aos conviventes a fixação de regime patrimonial diverso daquele estabelecido pela lei.

Contudo, o direito real de habitação ao companheiro, apresentado pela aludida norma jurídica foi considerado o mais significativo avanço nesta seara.

Entretanto, tal evolução legislativa sofreu uma intensa interrupção com o advento do Código Civil de 2002, eis que a Lei 10.406/2002, apesar de ter apresentado inovações éticas e operativas aos arraigados institutos civilistas, deixou de inserir no novo Diploma as evoluções apresentadas pela Constituição Federal de 1988 e leis esparsas posteriores quanto à sucessão na união estável, apresentando-se como verdadeiro retrocesso às conquistas dos companheiros, eis que á época da entrada em vigor do novo Diploma, a sociedade já se encontrava madura e apta a compreender as inovações vivenciadas no instituto da união estável.

Inicialmente o novo Código despertou intensa discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da manutenção ou não das conquistas anteriores, tendo o Conselho Nacional de Justiça sido obrigado a se manifestar sobre os temas pertinentes ao direito real de habitação e usufruto vidual haja vista o silêncio da norma.

Pelas regras inseridas no novo Diploma Civil, o companheiro deixou de ser arrolado na ordem de vocação hereditária como sucessor legítimo, não figurando, também, como herdeiro necessário, em manifesto confronto com as normas constitucionais e aquelas insculpidas nas Leis 8.971/94 e 9.278/96.

Nesta seara os seus direitos sucessórios restaram limitados aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência marital. Noutra vertente, surge ainda a incomoda situação dos bens do companheiro falecido serem declarados vacantes e transferidos ao domínio do Município ou do Distrito Federal.

Diante da diferença apresentada entre a sucessão do cônjuge e do companheiro no mesmo regime patrimonial de bens, a doutrina de vanguarda, da qual se filia o presente entendimento, passou a posicionar-se pela inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, em razão de não ter inserido a união estável no mesmo patamar do casamento, numa hermenêutica que não é constitucionalmente adequada, eis que viola o princípio da dignidade dos companheiros.

Seguindo tal posicionamento Barroso (2010, p. 138) reforça que a Constituição Federal de 1988 “superou qualquer ranço de distinção entre a união estável e o casamento”.

Noutra vertente, os defensores da constitucionalidade do dispositivo propõem que o mesmo encontra-se em conformidade com os preceitos constitucionais, ao argumento do texto constitucional não ter contemplado igualdade de tratamento entre cônjuges e companheiros, mas apenas regulou a possibilidade dos direitos sucessórios, nos termos do artigo 5º, XXX da Carta Magna que assegura a todos o direito a herança.

Neste contexto, o Superior Tribunal de Justiça, não obstante tenha rejeitado a matéria em debate por decisão de sua Corte Especial na Arguição de Inconstitucionalidade no REsp nº 1.135.354/PB de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, ao argumento que o Tribunal da Cidadania padecia de competência para apreciar tese constitucional diversa da sua competência uniformizadora; admitiu recentemente novo incidente sobre a matéria através do AI no REsp nº 1.291.636/DF, também da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, do qual se aguarda pronunciamento sobre a constitucionalidade ou não do artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

Desta forma, diante das manifestações doutrinárias e jurisprudenciais acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 a questão chegou ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal através do Rext 878694 que se encontra pendente de apreciação pelo Relator após a manifestação da Procuradoria Geral da República que defendendo a constitucionalidade do referido dispositivo, opinou pelo desprovimento do recurso.

Assim, diante da situação discriminatória que se encontra o companheiro em relação à sucessão do convivente falecido, os princípios da igualdade e da liberdade atribuídas pela Carta Magna de 1988 aos diversos formatos familiares, permite, de forma irrefutável afirmar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, uma vez que a união estável e o casamento dos quais decorrem os direitos sucessórios desfrutam da mesma natureza, eis que assim como o matrimônio a união estável deve ser pública, contínua e duradoura e a principiologia que inspirou os deveres dos companheiros é a mesma que regula os deveres dos cônjuges.

Nestes termos não há como imaginar que a Constituição Federal de 1988 ao prever o dever do Estado de facilitar a conversão da união estável em casamento tenha fixado graus de diferentes para os dois formatos familiares, inserindo a união estável à relação secundária ou inferior ao matrimônio, razão pela qual as normas sucessória aplicáveis ao companheiro devem ser as mesmas que regulamentam os direitos sucessórios do cônjuge.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Rita de Cássia. **União estável e a sucessão do companheiro sobrevivente à luz do novo código civil**. fev. 2009. Disponível em <https://www.google.com.br/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=enunciado+49+magistrados>. Acesso em 05/09/2015.

AZEVEDO, B. M. V. de. **O amor como fundamento legitimador do Direito**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=258>>. Acesso em 20.10.2015.

BARRETO, Luciano Silva. **Evolução histórica e legislativa da família**. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil_205.pdf. Acesso em 03 de setembro de 2015.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: noções de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

_____. **Código Civil Brasileiro**. Brasília: DF, Senado, 2002.

_____. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1.934. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm. Acesso em 13/08/2015. BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm. Acesso em 13/08/2015.

CAPPARELLI, Júlio Cesar. **Manual sobre o matrimônio no Direito Canônico**. São Paulo: Edições Paulinas, 1999.

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

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Sucessão no casamento e na união estável. Temas atuais do direito e processo de família**. Coordenador Cristiano Chaves de Faria. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, v.01.

DIAS, Maria Berenice. **Família, ética e afeto**. Consulex. Brasília: Consulex, 15 abr. 2004, n. 174.

_____. **Homoafetividade – o que diz a Justiça?: as pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Manual de Direito das Famílias.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>. Acesso em 15.10. 2015.

ENCONTRO DOS JUÍZES DE FAMÍLIA DO INTERIOR DE SÃO PAULO, 1. 10 nov. 2006, Piracicaba. **Enunciados...** Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2006. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=243>>. Acesso em: 15.08.2015.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família da propriedade privada e do Estado: Texto integral.** (Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, v. 2). Traduzido por Ciro Mioranza. 2. ed. rev. São Paulo: Escala, 2008.

ESPINOSA, Marcelo, **Evolução histórica da união estável.** Disponível em: http://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_evolucao_historica_da_uniao_estavel_0.pdf. Acessado em 03.08.2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 298.

FERRY, Luc. **A revolução do amor: por uma espiritualidade laica;** tradução Vera Lúcia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

_____. **Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização;** tradução Jorge Bastos. Rio de Janeiro, Objetiva 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais do Direito de Família.** São Paulo, Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981

_____. **Direito de Família.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Sucessões.** 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 2º v. 8. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil - Direito de Família - Vol. 7**. Curitiba: RT, 2008.

_____. **Direito das Sucessões e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. **Morrer e Suceder - Passado e Presente da Transmissão Sucessória Concorrente**. 2. ed. Editora RT: Rio de Janeiro, 2014.

IVANOV, Simone Oroschi. **União Estável: regime patrimonial e direito intertemporal**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A nova ordem de vocação hereditária e as sucessões dos cônjuges**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003.

LEITE, Gisele. **O Novo Direito de Família**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 9, n. 49, p. 112-20, ago-set. 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito Civil Brasileiro**. Vol 5. – Direito de Família e Sucessões. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Novos horizontes no direito de família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NICOLAU, Gustavo. **Sucessão legítima no novo Código Civil**. Disponível em <http://www.intelligentiajuridica.com.br>. Acesso em 09.10.15.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Direito de Família: aspectos sociojurídicos do casamento, união estável e entidades familiares**. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Vol. 7- Direito das Sucessões. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Direito Civil**. Vol. 6. Direito de Família. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1985.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Pontuações. A sucessão do companheiro no novo Código Civil**. Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br>. Acesso em 08.09.2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 747619/SP. Ministra Relatora Nancy Adringhi. Terceira turma. J. 07/06/2005, D.J. 05/07/2005. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=2005/0074381-8&data=1/7/2005. Acesso em 07.07.2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.065-0/DF. Ministro Relator Sepúlveda Pertence. J. 07/02/2000, D.J. 04/06/2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282065%20ENUNCIACAO%20OU%202065%20EACMS%20%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 09.10.2015.

TARTUCE, F. Novos princípios do Direito de Família brasileiro. **Curso FMB**, São Paulo, 200-. Disponível em: http://www.cursofmb.com.br/cursofmb/Forms/Institucional/downloads/Artigos/FMB_Artigo0071.pdf. Acesso em: 27. 09. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE. Incidente de Inconstitucionalidade nº 0008/2010. Desembargadora Relatora Marilza Maynard Salgado de Carvalho. J. 30/03/2011, D.J. 05/04/2011. Disponível em http://jurisprudencia.tjse.jus.br/search?q=cache:3SVhfRsiqdoJ:www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp%3Ftmp_numprocesso%3D2010114780%26tmp_numacordao%3D20113402+COMPANHEIRA+QUE+DEVE+SER+IGUALADA+A+CONJUGE+&client=juris_sg&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris_sg&ie=UTF-8&site=sg-decisoes%7Csg-acordaos&access=p&filter=0&getfields=*&oe=UTF-8. Acesso em 10.09.2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento nº 70017169335. Desembargador Relator José Ataídes Siqueira Trindade. Oitava câmara cível. J. 08/03/2007, D.J. 13/03/2007. Disponível em http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1.&tipo=1&id_comarca=700&numprocesso_mask=70017169335&num_processo=70017169335&codEmenta=1781202&templntTeor=true. Acesso em 10.09.2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70030157820. Desembargador Relator José Conrado Kurtz de Souza. Sétima câmara cível. J. 22/07/2009, D.J. 05/08/2009. Disponível em http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70030157820&num_processo=70030157820&codEmenta=3046825&temIntTeor=true. Acesso em 23.09.2015.

VELOSO, Zeno. **Direito sucessório dos companheiros. Família e cidadania- o novo CCB e a vacatio legis**: anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, IBDFAM, 2002.

WALD, Arnold; Priscila M. P. Correa da Fonseca. **Direito Civil - Direito de Família** - Vol. 5 – 19. ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

_____. **O novo Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.